

---

DISSERTAÇÕES

E POLEMICAS

(ESTUDOS JURÍDICOS)

PELO

*Dr. Pedro Lessa*

RIO DE JANEIRO Typ. do *Jornal do Commercio*, de  
Rodrigues & C,

1909

Reunem-se neste volume trabalhos jurídicos, publicados pelo autor em  
varias revistas de direito.

## DIREITO CONSTITUCIONAL

### INTERPRETAÇÃO DO ART. 11, N. 2, E DO ART. 72, §§ 3.º E 7.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ao artigo 11, n. 2, e ao artigo 72, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal tem sido dada frequentemente pelos nossos políticos militantes uma interpretação errônea, e hostil aos sentimentos religiosos da imensa maioria da nação brasileira.

Para bem comprehendermos as normas a que actualmente estão sujeitas as relações, entre a Igreja e o Estado no Brazil, precisamos primeiramente recordar qual era o direito pátrio, no que toca a este assumpto, antes da promulgação do decr. n. 119, A, de 7 de janeiro de 1890, e da Const. Federal. Em segundo logar, cumpre-nos averiguar quaes as idéas que inspiráram os legisladores de 1890 e 1891, que realisáram a separação da Igreja e do Estado, consagráram a plena liberdade de cultos, extinguiram o padroado, e estabeleceram outras providencias.

O art. 5º da Const. do Imperio declarava que a religião catholica era a religião do Império, e só permittia as outras religiões com seu culto domestico ou particular, em casas para isso destinadas, e sem forma exterior de templo.

Em virtude do *padroado imperial*, das concordatas e do art. 102, 2º, da Const. de 1824, ao poder executivo competia nomear bispos, e prover os beneficios ecclesiasticos (<sup>1</sup>).

No orçamento do Imperio uma certa somma era consignada annualmente para a manutenção do culto catholico.

O art. 102, § 14, da Const. do Império conferia ao poder executivo a attribuição de conceder ou negar o *beneplácito* aos decretos

---

<sup>1</sup>Monte, Elementos de Direito Ecclesiastico, vol. 2º, pag. 446 e seguintes, Candido Mendes, Direito Civil Ecclesias Brasileiro, vol 1º P Bueno Dir Publico Brasileiro, n. 332 e seguintes.

dos concílios e letras apostólicas, e quaesquer outras constituições ecclesiasticas, que se não oppuzessem á Constituição; precedendo approvação da assembléa, se contivessem disposição geral. Sem o prévio exame e expresso consentimento do poder executivo, nenhum dos actos ecclesiasticos mencionados podia ser publicado officialmente, ou ter execução na parte relativa ao temporal.

Pelo dec. 1.911, de 28 de março de 1857, foram coordenadas as disposições do nosso direito ácerca do *recurso á Corôa*, recurso que se dava: 1º) no caso de usurpação pelo poder ecclesiástico de jurisdição e poder temporal; 2º) quando a Igreja infligia censuras aos empregados civis em razão de seus officios; 3º) se as autoridades ecclesiasticas procediam com violencia notoria no exercicio da propria jurisdição espiritual, postergando o direito natural, ou os canones recebidos.

A Igreja era, então, uma alliada do Estado. Relações de dependencia existiam entre os dois poderes.

Importa notar especialmente que o Estado auxiliava o culto catholico, consignando na lei annual do orçamento uma *subvenção permanente* aos ministros desse culto, e despendendo as quantias necessarias para a construcção e conservacão de seminarios, cathedraes, e outros edificios destinados a fins de ordem religiosa.

Assim que em nosso direito constitucional o termo — *subvenção*, como synonymo de auxilio pecuniario prestado ao culto religioso, significava, não um subsidio isolado ou transitorio, mas uma verba orçamentaria constante, ininterrupta, com caracter de perpetuidade.

Na mesma accepção tem sido, e é, empregado esse vocabulo no direito de outras nações. A França actualmente (\*) não tem uma

---

\* Este artigo foi escripto e publicado em 1901.

religião de Estado, como teve antes de 1789. Ha alli três cultos *subvencionados* pelo Estado: o catholico, largamente subsidiado, por ser o da grande maioria da nação; varios cultos protestantes, auxiliados com uma dotação menor, porque menor é o numero dos seus adeptos; e o culto israelita, o mais parcamente *subvencionado*, pois tambem mais reduzido é o numero dos sectarios dessa religião.

Nos *Artigos Organicos da Convenção de 26 de messidor do anno IX* foram fixados, naquelle paiz, os subsidios pecuniarios dados *anualmente* aos ministros das diversas categorias do culto catholico. Os arcebispos, por exemplo, recebem annualmente quinze mil francos; os bispos — dez mil; os parochos de primeira classe — mil e quinhentos francos; os de segunda — mil francos (arts. 64, 65 e 66). A esses auxilios pecuniarios, de caracter permanente, votados annualmente pelas camaras, é que se dá a denominação de *subvenção* (A Bertrand, *L'Organisation Française*, pag. 283).

O art. II, n. 2, da Const. Federal veda aos Estados, como á União, "estabelecer, subvencionar, ou embaraçar o exercicio de cultos religiosos".

Dispõe o art. 72, § 3º: "Todos os individuos e confissões religiosas pódem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim, e adquirindo bens, observadas as disposições do direito *commum*".

O mesmo art., no § 7º, prescreve: "Nenhum culto, ou igreja, gozará de subvenção official, nem terá relações de dependência, ou alliança com o governo da União, ou dos Estados".

Temos, pois, que o nosso direito constitucional vigente:

- a) consagra a mais plena liberdade de cultos;
- b) permite que se formem quaesquer associações religiosas para o livre e publico exercicio de qualquer culto, associações que poderão adquirir bens, de conformidade com as prescripções do direito commum.
- c) finalmente, prohiibe as subvenções officiaes, bem como quaesquer embaraços que pudessem crear as legislaturas da União, ou dos Estados, ao exercício dos cultos religiosos.

Como se vê, as duas ultimas disposições são corollarios logicos do principio da completa liberdade de cultos.

Em nenhum paiz a liberdade de cultos, antes da nossa Const. Federal, havia sido entendida e applicada de modo tão amplo, com tanta plenitude, como nos Estados Unidos da América do Norte.

Nada mais racional, pois, ao querermos saber o que é a plena liberdade de cultos, do que estudarmos o direito americano em o que toca a este assumpto, importante muito notar que a liberdade religiosa daquelle povo era o exemplo, o modelo, o ideal, com que se nos acenava frequentemente, quando viviamos sob o regimen da união da Igreja com o Estado.

A Const. Federal dos Estados Unidos preceitúa no art. VI: "Nenhuma qualificação religiosa será jamais exigida como condição de capacidade para as funcções ou cargos publicos sob a autoridade dos Estados Unidos". E na *emenda* 1ª: "O Congresso não poderá fazer lei alguma, pela qual estabeleça uma religião do Estado, ou vede o livre exercicio de um culto".

O fim que teve em mente o legislador constituinte, ao approvar essas disposições, não foi cercear, e muito menos hostilizar de

qualquer modo, o desenvolvimento das idéas religiosas. Provavelmente, diz-nos Story, ao tempo em que foi adoptada a constituição, com a emenda relativa ao estabelecimento e prohibição das religiões, o sentimento geral, senão universal, da America era que o christianismo deve receber do Estado toda a animação compativel com os direitos privados da consciencia e a liberdade de cultos; e termina, observando que um tentamen, nessa época, no sentido de nivelar todas as religiões, e transformal-as em objecto de policia do Estado, *para o fim de conservalas sob a mais completa indifferença*, teria provocado uma reprovação universal, senão uma universal indignação: "*An attempt to level all religions, and to make it a mater of state policy to hold all .in utter indifference, would have created universal disaprobation, if not universal indignation.*" <sup>(2)</sup>

O verdadeiro escopo da emenda I<sup>a</sup> não foi proteger, e muito menos fazer progredir o mahometismo, o judaismo, ou a incredulidade, em prejuízo da religião christã, mas eliminar qualquer rivalidade entre as seitas christãs, e evitar o estabelecimento de uma egreja nacional, que importaria o perigo de ser entregue a uma hierarchia a exclusiva direcção do governo do paiz. <sup>(3)</sup>

Um exame attento das constituições americanas, a observação é de Cooley, evidencia que nenhuma das idéas contidas nesses codigos foi revelada pelos seus autores de modo mais claro e positivo do que a determinação de preservar e perpetuar a liberdade religiosa, e protegê-la contra o mais ligeiro tentamen no sentido de estabelecer a desigualdade nos direitos civis e políticos dos cidadãos por motivo de differenças nos sentimentos religiosos <sup>(4)</sup>. Mas, logo adiante, ao dar noticia dos capellães subvencionadas, que têm o exercito e a armada americana, das supplicas

---

<sup>2</sup> Commentarios, § 1874.

<sup>3</sup> Obra citada, § 1877.

<sup>4</sup> *Conttitulional Limitations*, pag. 571, 6a edição.

e leituras da Bíblia que se fazem por ocasião de se abrirem as sessões legislativas, da geral isenção dos templos e edificios religiosos das contribuições ou impostos do Estado, acrescenta que esses actos não ferem nenhum principio constitucional, porquanto o publico reconhecimento de um culto religioso não se funda sómente no sentimento que devemos ao Supremo Sêr, mas nas mesmas razões de policia do Estado que levam o governo a auxiliar as instituições de caridade e os seminarios de instrucção religiosa, sendo essas fundações, como as destinadas ao mero culto, elementos conservadores da moral publica, e valiosos, senão indispensaveis, agentes de preservação da ordem social: "as conservators of the public morals, and valuable, if not indispensable, assistants in the preservation of the public order". (5).

Na Europa, escreveu Bryce, a recusa do poder civil de proteger um culto religioso qualquer interpreta-se, em geral, como equivalente á declaração de indiferença e menosprezo da parte do Estado para com os interesses espirituaes da população. Denomina-se Estado *impio* o que não reconhece uma egreja. Nada mais opposto ao modo de vêr dos americanos. Na America do Norte, a abstenção do Estado de intervir em materias de crença e de culto é a consequencia de dois principios, um politico e outro religioso. O primeiro tem sua origem nos principios de liberdade e de egualdade. Considera-se todo esforço do poder civil com o fim de tornar um certo acto obrigatorio uma violação da liberdade individual de pensar e de agir, violação justificavel unicamente - quando uma pratica religiosa é tão evidentemente antisocial ou immoral, que põe em perigo o bem-estar da collectividade. Em virtude desse principio, não se admite a mais benigna das fórmulas da perseguição religiosa, a que consiste em declarar incapazes para certas funcções publicas os membros de uma determinada seita. O segundo principio, o meramente religioso,

---

<sup>5</sup> Obra citada, pags. 878 e 579.



assenta na idéa de que a Igreja é um corpo espiritual, com um fim espiritual, e que se serve de meios espirituaes.

Toda espécie de coacção é contraria á natureza de um tal corpo, que vive de amor e de respeito, e não da força que lhe póde dar a lei. Imbuídos dessas idéas, os americanos, sem embargo de manterem a mais plena liberdade de cultas, não julgam contrario á sua constituição o reconhecimento do christianismo como a religião nacional. Cada camara do Congresso tem o seu capellão, e inicia diariamente as suas sessões por algumas preces; cada anno depois da colheita, o Presidente da União publica uma proclamação, em que ordena acções de graças geraes, e algumas vezes designa um dia para o jejum e as mortificações; na maior parte dos Estados ha leis que punem a blasphemia e prohibem o trabalho aos domingos.

Toda esta matéria se resume, conclue Bryce, dizendo-se que o christianismo é, de facto, senão a religião legalmente estabelecida, *ao menos a religião nacional* (<sup>6</sup>).

Em um livro didactico — *The General Principles of Constitutional Law*, — Cooley, já citado, depois de ensinar que "estabelecer uma religião quer dizer fundar ou reconhecer uma igreja do Estado, ou pelo menos conferir a uma igreja especiaes favores e vantagens, que se negam ás outras", assevera, com a sua incontestada autoridade de um dos mais profundos interpretes da Const. Americana, que nunca esteve no espirito desse codigo prohibir o governo de favorecer os cultos religiosos, desde que o faça, abstendo-se de odiosas distincções entre as diversas crenças, organizações e seitas religiosas: "*without*

---

<sup>6</sup> *La République Américaine*, tomo 4º, cap. CVI, trad. de Bouyssy.

*drawing any individious distinctions between different religious beliefs, organisations, or sect."* <sup>(7)</sup>

Essa é a noção de liberdade religiosa que têm formado todos os publicistas, americanos e europeus, que se entregaram ao estudo accurado da organização do direito publico dos Estados-Unidos.

O conceito dos americanos dos nossos dias ácerca da separação da Igreja e do Estado, synthetisa Carlier, é que o Estado e a Igreja devem desenvolver-se paralelamente, sem invasões dos respectivos dominios, e que, dada a grande variedade de seitas existentes no paiz, o Estado deve restringir-se em uma esphera tão nitidamente determinada, que não possa interferir na manifestação das crenças e dos sentimentos religiosos dos cidadãos que o compõem. *"L' E'tat n'ignore pas l' Eglise en Amérique: au contraire, il assure et favorise son développement, en mettant tous ses soins á éviter les points de rencontre et de conflit dans leur marche paralléle".* <sup>(8)</sup>.

Esse escriptor reduz todas as leis americanas concernentes á materia ao seguinte: liberdade completa para as manifestações do culto; igualdade absoluta entre todas as confissões; favor dispensado ás propriedades destinadas a fins religiosos, de caridade ou de instrucção.<sup>(9)</sup>

Outro curioso investigador das coisas da America do Norte, o Duque de Noailles, verificou que nos Estados Unidos *"l'E'tat, devenu laique, se gard'e bien d'être athée ou d'afficher l'indifférence á l'égard des choses de la foi. Loin de se désintéresser des manifestations religieuses, il les encourage au contraire, et en prend même l'initiative. Chacun des pouvoirs, pour ce qui le concerne, maintient fidèlement les traditions*

---

<sup>7</sup> Gap. XIII, secção 1<sup>a</sup>.

<sup>8</sup> *La Republique Américaine*, tomo 3<sup>o</sup>, pags. 468 e 469.

<sup>9</sup> Obra citada, tomo 3<sup>o</sup>, pag. 444.

*chrétiennes du passe"* <sup>(10)</sup>. Nem se acredite que a acção do Estado se limite a simples e vãs demonstrações: *"l'Eglise est traitée en fait ocmmme un service public de premier ordre. Les E'tats particuliers contribuent au développement des croyances religeuses. Ainsi les édifices et les terrains consacrés au culte sont exempts d'impôts... Jamais la Cour suprême n'a jugé que l'esprit de la Constitution fut méconnu, parce que la flotte et l'armée ont leurs chapelains, ou parce que des jours de jeune et de priere sont officielement fixés par le président. La jurisprudence des tribunax facilite et sanctionne les donations aux établissements ecclésiastiques, pour la plupart très riches et très florissants."* <sup>(11)</sup>.

Eis ahi o que é o regimen da plena liberdade religiosa nos Estados-Unidos, regimen que, na opinião de um ardente propugnador da liberdade sob todas as suas manifestações, *"a enfanté des prodiges"* <sup>(12)</sup>. Na America do Norte a liberdade religiosa nunca exprimiu a hostilidade, ou sequer a indiferença, do Estado para com as religiões de qualquer especie, desde que (está subentendido, e não é necessario dizel-o) não sejam contrarias á moral, ou á ordem publica.

Se do direito publico americano passassemos aos dos povos cujas constituições, por seus principios fundamentaes e por seu typo especial, mais deviam ter inspirado o legislador constituinte brasileiro, sómente se nos deparariam idéas mais favoraveis ao desenvolvimento dos sentimentos religiosos do homem. É assim que na Suissa a Constituição Federal vigente garante (art. 50) o livre exercicio dos cultos "dentro dos limites exigidos pela ordem publica e pelos bons costumes". Mas, essa disposição nunca foi entendida de modo que impedisse a propria subvenção dos cantões ao culto religioso. Na verdade, como attesta Adams, em alguns cantões a Egreja nacional é sustentada por um imposto

---

<sup>10</sup> Cent Ant de Republique aux États-Unis, vol. 2°, pag. 430.

<sup>11</sup> Obra e tomo citados, pagina. 434 e 435.

<sup>12</sup> A. Desjardins, De la Lilerté Politique, pag. 354.

especial, que só pagam os seus adeptos; em outros é o Estado que provê á manutenção do culto, applicando a esse fim rendimentos tomados á propria Igreja; finalmente, em outros a Igreja se alimenta de rendimentos proprios. <sup>(13)</sup>

Não nos referiremos á Constit. Argentina, cujo art. segundo preceitua: "*El Gobierno Federal sostiene el culto Católico, Apostolico, Romano.*"

Duas opiniões radicalmente oppostas havia, até ha pouco, ácerca do artigo 72, § 3º da Const. Federal. De um lado estavam os que entendiam que as leis de mão-morta aindavigóram, e que a liberdade de associação para fins religiosos, consagrada pela citada disposição, não exclúe as peias creadas por essas leis á aquisição e alienação de bens. Do outro — os que viam no preceito constitucional a abolição das leis de mão-morta, e a equiparação das associações religiosas ás sociedades civis constituídas para quaesquer outros fins, no que toca á livre aquisição e transmissão de bens de qualquer especie.

Com o livro recentemente publicado, *Constituição Federal Brasileira, Commentarios*, do illustre Dr. João Barbalho, appareceu uma terceira doutrina, que, seja dito desde já, reputamos absolutamente inacceitavel.

O dec. n. 119, A, de 7 de janeiro de 1890, no art. :º, reconheceu a todas as egrejas e confissões religiosas a personalidade juridica, "para adquirirem bens e os administrarem, sob os limites postos pelas leis concernentes á propriedade de mão-morta". O projecto de constituição do governo provisorio mantinha essa disposição do citado decreto. O congresso constituinte não approvou o artigo do projecto, que conservava as leis de mão-morta, nem as emendas que as supprimiam,

---

<sup>13</sup> Adams e Cunniugham, *La Confédération Suasse*, cap. XII.

diz o Snr. Dr. João Barbalho. De tudo isso conclúe o mesmo escriptor que o congresso constituinte quiz approvar, e approvou, um preceito que não decorre de nenhuma das duas doutrinas, nem da que propugna a completa liberdade de aquisição e alienação para todas as associações religiosas, nem da que julga convenientes, ou necessarias, as leis de mão-morta: o que está determinado na Constituição Federal é que as associações religiosas pódem adquirir livremente, ou observando as disposições de direito commum; mas, em se tratando da alienação de bens, estão sujeitas ás limitações da legislação de mão-morta.

Basta recordarmos o que é a mão-morta, para fatalmente repellirmos essa interpretação, que admite a livre aquisição de bens pelas associações religiosas, e veda a livre alienação.

"Mão-morta, define o Sr. Conselheiro Ruy Barbosa, é o systema de instituições de excepção, a que a lei civil submette, especialmente quanto ao direito de propriedade, sua aquisição, seu exercido e sua transmissão, as entidades collectivas, cujo patrimonio por interesses de ordem publica se quer limitar". (<sup>14</sup>)

Nos proprios *Commentarios* do Sr. Dr. João Barbalho se nos offerece a razão das leis de *mão-morta*, que aliás havia sido dada por Borges Carneiro: "tendo affluido ás egrejas e mosteiros immensa abundância de bens de raiz, mostrou a experiência a necessidade de pôr limites a esta exorbitante riqueza e ao consequente poder dos ecclesiasticos, que lhes dava uma preponderancia nociva na ordem publica; e conciliar a sustentação dos povos com a do clero e culto religioso (lei de 4 de julho de 1768, princ., e lei de 9 de setembro de 1769, § 10). Além disso, sendo aquelles innumeraveis bens isentos dos tributos e encargos civis, e subtrahidos ao gyro da circulação, como

---

<sup>14</sup> Transcripto por Ferreira Alves, Juizo da Provedoria, 4 edições pag. 435.

inalienáveis, estavam como mortos para os usos da sociedade civil e para as rendas do thesouro publico: pelo que se chamaram aquellas corporações de mão-morta" (*Direito Civil*, liv. Iº, tit. XXXVI, § 304, ns. 5 e 6). As leis de amortisação, em summa, consistiam na prohibição—imposta ás egrejas e ordens religiosas — de adquirirem bens de raiz por transmissão *inter-vivos* sem a regia licença, ou de possuírem os adquiridos por disposição testamentara, além de um anno — a principio, além de seis mezes — no ultimo período. Seu fundamento era a necessidade de restringir a grande aquisição de riquezas pelas corporações e fundações religiosas, e evitar que essas riquezas fossem subtraídas á natural circulação economica.

Sendo assim, permittir que as associações religiosas adquiram bens com a mais plena liberdade, e crear peias sómente á alienação de taes bens, seria estabelecer um regimen contrario ao da amortisação, e muito mais nocivo á circulação das riquezas do que poderia ser na peor das hypotheses o regimen já conhecido e praticado da mão-morta.

Comprehende-se qualquer dos dois systemas, o da *mão-morta* e o da inteira liberdade. O que absolutamente não se comprehende, nem é possível admittir, é que as corporações e fundações tenham a faculdade de adquirir livremente, mas não possam dispôr do mesmo modo dos bens que lhe pertencem. Que utilidade publica ha em que as associações religiosas sejam coarctadas no dispôr das riquezas que houverem accumulado em suas mãos?

Póde-se affirmar, e com razão — segundo cremos, que hoje não mais se faz mister crear embaraços á concentração das riquezas nas corporações e fundações, e que, sem o perigo que as leis de amortisação procuraram conjurar, é licito inaugurar um regimen de plena liberdade. Mas, ir além, e assentar o conceito de que o Estado deve facilitar a accumulção de bens nas mãos das associações religiosas e embaraçar a

alienação de toda a riqueza assim livremente adquirida, parece-nos — um contrasenso; pois, de tal arte não se provê ao interesse da sociedade civil, á qual sempre convem a livre circulação economica, nem ao das associações religiosas, que nenhuma vantagem podem ter em ficar tolhidas de dispôr do que é seu.

Mas, dir-se-á, e este é talvez o principal fundamento do autor dos *Commentarios*, não se trata de indagar qual o regimen que devia ter sido adoptado, mas, unicamente, qual o que se adoptou, e o regimen consagrado pela Constituição Federal é esse que permite a livre aquisição, e sujeita ás leis de mão-morta a alienação dos bens adquiridos.

Em primeiro lugar, não é licito suppôr no poder constituinte uma intenção tão absurda, qual a que serve de apoio á interpretação exposta. Que motivos teria o legislador para consentir na livre aquisição e oppôr obstaculos, ou restricções, á alienação, dos bens das associações religiosas? Favorecer a accumulção das riquezas entregues a essas corporações, com prejuizo do desenvolvimento da riqueza social pela circulação economica? Criar desse modo um privilegio em beneficio das associações religiosas, que livremente adquiriam, e só difficilmente alienaram seus bens? O regimen é tão extranho, tão anti-economico e anti-social, que nunca foi ideado, e muito menos praticado, em paiz algum. Leis de restricção á aquisição da propriedade, ao exercício desse direito e á sua transmissão, pelas corporações e fundações, são coisas de que largamente nos dá noticia a historia do direito. Mas, normas jurídicas que facilitem a aquisição, e vedem a alienação das riquezas accumuladas pelas associações religiosas, constituem anomalia nunca vista.

Em segundo lugar, os nossos juristas que mais attentamente acompanharam os trabalhos do congresso constituinte, attestam

positivamente que a assembléa constituinte quiz estabelecer, e estabeleceu, o regimen da plena liberdade neste assumpto.

O inolvidavel Dr. José Hygino, cujo seguro criterio e vasta illustração tão fecundamente cooperaram na formação do nosso codigo politico federal, não hesitou em asseverar, com a responsabilidade de ministro, e em documento official, o celebre *aviso* de 11 de dezembro de 1891, que: "Do confronto destas disposições (os §§ 3 e 24 do art. 72 da Constituição Federal) resulta que as leis de amortisação foram revogadas em sua totalidade. Permittido livremente o ingresso em profissão religiosa; facultado ás associações de qualquer natureza constituirem-se sem dependência do poder publico, observadas tão somente as regras de direito civil; extinto o direito do padroado e seus consecrarios; cessou a tutela que o Estado exercia sobre taes pessoas juridicas. Nem mesmo quanto ás ordens regulares é cabivel a intervenção do governo, pois que a successão imminente, que ao Estado competia sobre o patrimonio daquellas ordens, teria ficado adiada definitivamente, pela permissão do noviciado, garantido pelo art. 72, § 24, além de haver-lhes assegurado a Constituição a plena liberdade sobre seus bens. Esta intelligencia é ainda confirmada pelo elemento historico, pois que da discussão havida no Congresso Nacional se depreheende qual o intuito do legislador, quando, consignando o § 3º do art. 72 do projecto de Constituição as expressões — "observados os limites postos pelas leis de mão-morta", em segunda discussão foi approvada a emenda substitutiva que prevaleceu— "observadas as disposições de direito commum", sendo dest'arte abolidas as leis de excepção e ficando as ditas corporações equiparadas ás demais associações, sujeitas tão sómente ás normas do direito civil applicaveis ás sociedades e ás pessoas jurídicas em geral" <sup>(15)</sup>. Coherente com essa doutrina, declarou mais tarde, em requerimentos apresentados por

---

<sup>15</sup> Vide o Direito, vol. 58, pag. 642 a 647.



corporações e fundações que solicitavam licença para adquirir e conservar imóveis, nada haver que deferir <sup>(16)</sup>.

O Sr. Ruy Barbosa, que, como ministro do governo provisório, teve necessidade de prestar toda a atenção às discussões do congresso constituinte, e que tanto tem aprofundado entre nós os estudos de direito publico, especialmente os do regimen constitucional federativo, affirma por sua vez: "No projecto de constituição republicana, formulado pelo governo provisório mediante os decretos n. 560, de 22 de junho, e n. 914, A, de 28 de outubro de 1890, se continuou a subordinar o patrimonio das corporações religiosas á tutela do poder publico. Todos os individuos e confissões religiosas, dispunha o art. 72 § 3º, podem exercer o seu culto publica e livremente, associando-se para esse fim, e adquirindo bens, observados os limites postos pelas leis de *mão-morta*. A *constituente*, porém, eliminou de um traço o principio em vigor n,o direito patrio desde 1329 até 1890, substituindo a clausula — "observados os limites postos pelas leis de *mão-morta*", em vez da qual adoptou esta outra, essencialmente opposta: "observadas as disposições do direito commum" <sup>(17)</sup>. E logo adiante: "Disposições de *direito commum* e leis de *mão-morta* são conceitos realmente antagonicos um ao outro. A *mão-morta* é um regimen de preceitos caracteristicamente excepçionaes, destinados a restringir a certas corporações os direitos de liberdade e propriedade. Rejeitando, pois, a phrase, que as conformava ás leis de *mão-morta*, e trocando-as na que as põe sob o direito commum, a *constituente* aboliu radicalmente a *mão-morta* das antigas leis, e estabeleceu em todos os sentidos, inclusive no que toca á aquisição, á administração, á alienação da propriedade immovel, a liberdade das associações religiosas" <sup>(18)</sup>.

---

<sup>16</sup> Direito, vol. citado, pag. 650.

<sup>17</sup> JUÍZO da Provedoria, citado, pag. 437.

<sup>18</sup> Ibidem.

Assim, o que prevalece, e está consagrado no direito constitucional vigente, é o regimen da ampla liberdade para as corporações e fundações. Foi uma das raras inovações felizes, que fez a constituinte de 1891. RePELLIU-se a velha doutrina das limitações á liberdade de associação para fins religiosos. Que motivos razoáveis poderiam levar o legislador a manter as restricções da *mão-morta*? Quem com fundamento sustentaria hoje a conveniencia de limitar a propriedade dos hospitaes, que, por estarem sujeitos a uma corporação religiosa, não deixam de prestar inestimáveis serviços humanitarios, e muitas vezes desempenham as suas funções com mais zelo, amor e carinho— exactamente em consequencia da educação e virtudes religiosas dos seus servidores? Que homem, despido de preconceitos, se animaria ainda a propugnar a infundada e decrepita opinião de que as associações religiosas devem ser postas fora do direito commum? E' o caso de dizermos com o já citado Desjardins: "O libello contra as associações religiosas, em geral, comprehende quatro artigos. Censuram-se primeiro os membros das congregações, porque se ligam por votos temporarios, ou perpetuos. Que argumento producente póde tirar-se dahi, quando é licito a cada individuo fazer votos a Deus? Trata-se de um phenomeno, todo intimo, entre a consciência do crente e Deus, e não entre o crente e a sociedade; por consequente, em taes votos não póde intervir a sociedade. Em segundo lugar, as associações religiosas praticam o celibato. Mas, não se póde obrigar ninguém a casar-se; o casamento forçado é um assumpto de comedia. Terceiro ponto da accusação: esses celibatarios vivem em comunidade. Que fazer, se a vida em commum nada tem de illicita, sendo — pelo contrario — fundada no mais vivo e legitimo instincto da natureza humana? Finalmente, accusam com particular energia aos religiosos, porque estes abdicam sua vontade nas mãos de um superior. Onde basear o direito do Estado de prohibir a um homem de confiar a

outrem a direcção de sua conducta? Cada um, sendo senhor de sua pessoa, póde confiar sua direcção ao seu visinho" (<sup>19</sup>).

Eis a verdadeira noção da liberdade de associação. Fóra desse circulo de idéas só temos preconceitos proprios de outras edades, e que pouco a pouco vão sendo esmagadas pelo bom senso e pelo ridiculo.

O que vedam o art. II, n. 2, e o art. 72 § 7º, da Const. Federal, é que a União ou os Estados *subvencionem* um culto qualquer.

Já vimos o que quer dizer *subvenção*, empregado o termo na accepção que lhe é propria nesta parte do direito publico: é o auxilio pecuniario ministrado pelo Estado a uma egreja, com o caracter de continuidade e perpetuidade.

A prohibição constitucional, pois, se traduz pela impossibilidade juridica de votarmos nas nossas leis orçamentarias uma verba destinada ás despesas do culto, ou de conferirmos a uma religião especiaes favores e vantagens, que se negam ás outras: *or at least the conferring upon one church of special favors and advantages, which are denied to others*". (<sup>20</sup>).

Nos Estados-Unidos, as constituições de alguns Estados prohibem expressamente que se applicuem os dinheiros publicos á manutenção de instituições de caridade, administradas por confissões religiosas. Mas, como muitas vezes certas obras de beneficencia são realizadas por essas instituições, de modo muito mais util e efficaz do que pelos institutos leigos, o bom senso americano tem impellido os legisladores a subsidiarem largamente taes instituições de caracter religioso, e tão largamente têm os legisladores dos Estados votado subsidios dessa natureza, que Bryce chega a dizer que as subvenções a

---

<sup>19</sup> Obra citada, pag. 171

<sup>20</sup> Cooley, *The General Principies of Constitutional Law*, cap. XIII

estabelecimentos catholicos se transformaram em arma habitualmente manejada pelos politicos, para o fim de obterem os suffragios dos adeptos do catholicismo. <sup>(21)</sup>

Nada mais commum nos Estados-Unidos, especialmente nos primeiros cincoenta annos que se seguiram á votação da Const. Federal, e quando mais vivazes, mais puras, mais frescas, se conservavam as idéas que inspiraram o legislador constituinte, nada mais commum do que as escolas estabelecidas por varias confissões, com um character acentuadamente religioso, e mantidas por meio de impostos cobrados pelas autoridades das cidades e parochias. E' ainda hoje o systema da Georgia <sup>(22)</sup>.

Actualmente estão em voga as escolas não sujeitas a uma doutrina religiosa, *common schools unsectarian*. Todavia nestas mesmas escolas não se omitem as leituras quotidianas da Biblia, e a recitação de orações e hymnos. <sup>(23)</sup>

As escolas completamente leigas, das quaes foi banido todo o ensino religioso, com razão observa Carlier, constituem uma offensa ao principio da liberdade religiosa. Uma grande parte da população que contribue com impostos para a manutenção de taes escolas, vê-se na realidade constrangida a sustentar com o seu dinheiro um regimen repugnante á sua consciencia. O unico meio de obter o respeito a todas as crenças religiosas é dividir o producto dos impostos entre os estabelecimentos de instrucção e de caridade, dirigidos por confissões, guardando uma proporção exacta, quanto possivel, entre as quantias applicadas e o numero de alumnos, ou de soccorridos, de cada seita ou religião.

---

<sup>21</sup> Obra citada, cap. CVI.

<sup>22</sup> Carlier, obra citada, tomo 3o, pag. 558,

<sup>23</sup> *Ibidem*.

O que é indiscutível é que, a despeito da abstenção da União em materia religiosa, garantida pela Const. Federal, e das proibições contidas nas constituições de alguns Estados, os legisladores locais americanos subvencionam sobejamente os estabelecimentos de instrução e de caridade, dirigidos pelos catholicos e pelos adeptos das varias seitas protestantes, muito embora declarem, não raras vezes, que o subsidio é dado em attenção aos serviços prestados pelas confissões - como agentes de propaganda e conservação da moral, e como auxiliares da administração policial. <sup>(24)</sup>

A Const da California, de 1879, uma das mais imbuidas de idéas anti-religiosas, dispõe no art. 4º, secção XXX, que nem a legislatura do Estado, nem as autoridades de qualquer circumscripção territorial do Estado, é permittido applicar qualquer parcella dos dinheiros publicos ao soccorro, ou sustentação, de escolas, collegios, universidades, hospitaes, ou instituições de qualquer especie, sujeitas á direcção de uma egreja ou seita. Nos demais Estados, em geral, não dominam preconceitos moldados por idéas tão estreitas, tão vesgas, tão reveladoras de preconceitos improprios da actualidade, e só explicaveis em outras éras.

Se, tendo em attenção o modo como ha sido entendida a liberdade religiosa na America do Norte, estudarmos o § 7º do art. 72 da nossa Const. Federal, a conclusão a que havemos de chegar forçosamente é que a regra ahi contida não veda que os Estados subsidiem os hospitaes e casas de instrução, dirigidos pelos religiosos.

O auxilio ministrado a estabelecimentos de educação e de caridade não é subvenção a um culto. Nem os poderes do Estado, ou do município, quando applicam a esse fim o producto dos impostos, procedem impellidos por motivos religiosos, mas por considerações de

---

<sup>24</sup> Bryce, temo, 4º, pag. 459 e 466. Cooley, Limitations, cap. XIII.

utilidade social, e attendendo aos incontestaveis beneficios de ordem publica, obtidos por esse meio.

Demais, a lei n. 173, de 10 de setembro de 1893, que reconhece a personalidade juridica nas associações fundadas para fins religiosos, assim como nas destinadas a realizar intuitos moraes, scientificos, artisticos, politicos, ou de simples recreio, consagra a legitimidade e a egualdade de direitos de todas essas associações, cujos beneficios sociaes o legislador implicitamente confirmou; e, pois, não é licito dizer que seja vedado o subsidio official aos institutos dirigidos por congregações religiosas, quando a ninguem ainda occorreu affirmar a impossibilidade legal de prestar o Estado, ou o municipio, auxilio economico ás associações scientificas, artisticas, ou a quaesquer outras permittidas pela lei.

Se todas as confissões, ou religiões, fundadas nos principios fundamentaes do christianismo, têm direito a uma protecção equal, nunca se poderá censurar o legislador, que, respeitando o principio da egualdade, propulsar entre nós o desenvolvimento do catholicismo; porquanto devemos dizer delle o que do christianismo em geral, repetem frequentissimamente todos os bons publicistas norte-americanos: se não é hoje a nossa religião official, ou legal, é inquestionavelmente a *religião nacional* do Brasil.

## **DIREITO CIVIL**

### **PRELAÇÃO DAS HYPOTHECAS ANTERIORES ÀS DIVIDAS FISCAES**

Para a cobrança de seus *impostos*, tem a fazenda publica (federal, estadual, ou municipal) sobre os immoveis dos contribuintes *hypotheca*, *onus real*, ou privilegio de qualquer especie, *que lhe dê preferencia contra os credores hypothecarios, na hypothese de serem as*

*hypothecas anteriores á divida fiscal* ? Eis a questão. Pelo modo como está formulada a pergunta, fica bem claro que, no caso de serem as *hypothecas posteriores á divida fiscal, ou constituídas depois de exigíveis os impostos*, não negamos, nem discutimos sequer, a preferencia da fazenda publica: em taes condições os credores hypothecarios só recebem a importancia dos bens vendidos em praça depois de deduzida a quantia necessaria para o pagamento dos impostos.

Segundo uma opinião muito corrente, a fazenda publica tem um privilegio, que prefere ás *hypothecas anteriores á divida fiscal*.

Desde já diremos que os nossos melhores civilistas absolutamente não autorizam essa falsa e esdruxula opinião, opinião que não é acceita por nenhum dos jurisconsultos estrangeiros que conhecemos, que não foi adoptada por nenhum codigo de paiz civilizado, que não tem a seu favor um só argumento razoavel.

LAFAYETTE, por exemplo, no *Direito das Cousas*, vol. 2º, § 269, n. 5, pags. 331 e 332, doutrina: "O nosso antigo direito imprimia em certas hypothecas o character de privilegiadas, e lhes dava preeminencia sobre as hypothecas simples, legaes ou convencionaes. A lei actualmente vigente derogou um tal systema. Hoje a *hypotheca*, legal ou *convencional*, é pura, e illide, e perime sempre o privilegio, qualquer que seja a sua prerogativa. ESTE PRINCIPIO E' ABSOLUTO; só se lhe conhece uma excepção, a que respeita ás despesas e custas judiciaes, feitas com a excussão do immovel. As ditas despesas, por decreto expresso da lei, são precipuamente tiradas do producto da arrematação da coisa hypothecada". O que ensina o nosso grande civilista, é quasi o que está escripto, com uma clareza notavel, no art. 220 do vigente decreto n. 370, de 2 de maio de 1800: "... a hypotheca tem sobre o immovel hypothecado preferencia a quaesquer creditos, com excepção sómente: a ) do credito proveniente das despesas e custas judiciaes, feitas para excussão do

mesmo imóvel; b ) das *debentures* ou obrigações ao portador, emitidas anteriormente pelas sociedades anônimas, ou commanditárias por ações".

TEIXEIRA DE FREITAS, que escreveu o texto da *Consolidação das Leis Civis* antes da lei de 24 de setembro de 1864, acrescentou depois ao art. 1.270, § 10, a seguinte nota (n. 15): "O art. 6º, § 4º, da novíssima lei hypothecaria diz: "Ficam salvos, independentemente de transcrição, e inscrição, e considerados como onus reais, a decima e outros impostos respectivos aos imóveis". Em a nota seguinte ( n. 16 ) diz o inolvidável jurista: " O art. 6º da novíssima lei hypothecaria *também contempla entre os onus reais* (suas palavras)—o legado de prestações ou alimentos, expressamente consignados no imóvel, *o que não é mais do que um ônus hypothecário*". Se o onus real do citado art. 6º é um onus hypothecário, temos um hypotheca legal simples, e, então, é ainda TEIXEIRA DE FREITAS quem o afirma (nota n. 18, pag. 738 da ed. de 1896), "segue-se, pois (tendo cessado a diferença entre hypotheca legal privilegiada e hypotheca legal simples), que as hypothecas legais preferem entre si pela sua prioridade, como está escripto no nosso art. 1273, e que também pela prioridade preferem às convencionais. *Está consequentemente revogado o nosso texto, na parte em que diz que a hypotheca legal prefere á convencional, ainda que esta seja anterior*. Por outra, a novíssima lei hypothecaria fica de accôrdo com o nosso artigo 1274, quando diz que as hypothecas legais preferem às hypothecas convencionais posteriores; de onde resulta *que não preferem às hypothecas convencionais anteriores*". Logo, o *onus real* da fazenda pública do art. 6º da lei de 1864, e que passou para para o art. 6º, § 4º da lei vigente, de 19 de janeiro de 1890, *é uma hypotheca legal simples*, e, como todas as hypothecas legais simples, não tem prelação contra as hypothecas convencionais anteriores. T. FREITAS está de pleníssimo accôrdo com LAFAYETTE. E de accôrdo com ambos está CARLOS DE



CARVALHO, que no art. 1943 da *Nova Consolidação* diz que "são títulos de preferencia contra a fazenda federal, *provando-se serem anteriores á divida fiscal*, as hypothecas legaes, ou convencionaes especializadas e inscriptas na fórmula de lei".

Diante de tão claros preceitos de doutrina e leis tão expressas, é o caso de perguntar: d'onde proveiu a extranha balela ?

Ha alguns juristas patrios, que inconsideradamente, e sem o menor apoio em texto de lei, ou *theoria juridica*, entendem que a fazenda publica tem um privilegio absoluto, ou preferencia contra os proprios credores hypothecarios *com hypotheca anteriormente inscriptas*.

Entre os que sustentam esse erro clamoroso, está o DR. DIDIMO DA VEIGA, que na pagina 249, n. 196, do seu *Direito Hypothecario*, confessa francamente que a sua opinião contraria os *principios de direito*, e tem como unico fundamento as palavras do § 4º do art. 6º da lei de 19 de janeiro de 1890: "*ficam salvos*, independentemente de transcrição e inscrição, e considerados como onus reaes, a decima e outros impostos respectivos a immoveis". No seu entender o "*ficam salvos*" quer dizer que a decima e os impostos sobre immoveis, além de não dependerem de transcrição, nem inscrição, têm preferencia contra as hypothecas anteriores! A essa absurda interpretação respondem victoriosamente a lição de LAFAYETTE e a de T. DE FREITAS. Duas regras geraes vigoram no direito patrio em materia de hypothecas. Em primeiro lugar, só podem oppor-se a terceiros as hypothecas e onus reaes inscriptos ou transcriptos, e desde a data da inscrição ou transcrição, segundo preceitúam os arts. 8 e 9 do decreto n. 169, A, de 19 de janeiro de 1890. Em segundo lugar, as hypothecas, legaes, ou convencionaes, e os onus reaes se regulam, no que concerne á preferencia, *exclusivamente pela prioridade* (art. 6º, § 2º, do citado decreto, e art. 112 do decreto n. 370, de 2 de maio de 1890). Para favorecer a fazenda publica (federal,

estadoal, ou municipal) o legislador abriu uma excepção á primeira regra no já reproduzido art. 6º, § 4º, da lei de 19 de janeiro de 1890: " ficam salvos independentemente de transcrição ", etc. *A segunda regra não soffre excepção alguma*. E' absoluta, como affirma LAFAYETTE no logar já citado. Do facto de ter o legislador dispensado da transcrição o onus real da fazenda publica sera permittido concluir que o mesmo legislador abriu uma excepção á regra absoluta ácerca da prioridade? E' um absurdo sesquipedal, repellido energicamente pelo que ha de mais elementar e mais corrente em matéria de privilegio. O privilegio deve ser explicitamente consagrado pela lei, e nunca póde ser deduzido de um texto de lei por interpretação extensiva: " *le disposizioni in matéria di privilegio non sono suscettive d'interpretazione estensiva*. (BIANCHI, *Dei Privilegi*, n. 425, pag. 615 da ed. de 1894). *Dispensar o registro não é inverter ou alterar a prioridade*. A interpretação do Dr. DIDIMO, sem o menor amparo na lei, é facilmente refutavel pelo que ensinam com tanta segurança e clareza LAFAYETTE e T. DE FREITAS. Ainda voltaremos a esta esdruxula opinião, quando examinarmos os decretos de 16 de abril de 1842, 31 de março de 1874, 18 de outubro de 1878 e 19 de janeiro de 1898, citados pelo Dr. DIDIMO.

Um outro jurista patrio que tambem parece conferir á fazenda publica o privilegio em questão, é ALMEIDA OLIVEIRA nas *Execuções*, nota 362, pagina 159. E' verdade que esse escriptor não discute a questão de saber se a preferencia da fazenda publica só se verifica na hypothese de ser a divida fiscal *anterior* á divida hypothecaria. Mas, admittamos, para argumentar, que a sua regra seja geral. Em que se funda ella? *Absolutamente em nada*. O escriptor não cita um só artigo de lei, um escripto, nacional ou estrangeiro, que sirva de fundamento ao seu imperdoável deslize. Repetiu inconscientemente a *balela*.

LEITE VELHO, O autor da excellente monographia, as *Execuções de Sentenças*, reproduz por seu turno a *falsa opinião*,

escrevendo: "as dividas provenientes de impostos têm precedencia absoluta sem dependencia de transcripção ou inscripção". E para justificar o que ficou dito (art. 459), cita a lei de 24 de setembro de 1864, o decreto n. 5.581, de 31 de março de 1874, art. 27, e o decreto n. 7.051, de 18 de outubro de 1878, art. 32. Ora, já vimos de que modo LAFAYETTE e T. DE FREITAS respondem na parte em que se tira argumento da lei de 24 de setembro de 1864, cuja disposição relativa á materia foi copiada na lei actualmente vigente. Restam-nos os dois decretos citados. O de março de 1874 no art. 27 apenas declara que, "sendo os bens immoveis, o imposto constitue onus real". Nada mais. O de outubro de 1878 no art. 32 apenas dispõe: "O imposto predial constitue onus real, passando com o immovel para o dominio do comprador ou successor". Nada mais. O de janeiro de 1898 repete a disposição do de março de 1874. Nada mais. Temos, portanto, nos decretos invocados por LEITE VELHO, em defesa do seu infundado erro, a mera repetição da regra, nunca posta em duvida, de que os impostos sobre immoveis são onus reaes. Sim, são onus reaes e independentes de transcripção e inscripção. Mas, não é disso que se trata. Quer-se saber se ha lei, ou decreto, que prescreva a preferencia da fazenda publica contra as *hypothecas anteriores á divida fiscal*, e a este respeito LEITE VELHO, como todos os outros, não indicou uma só lei, decreto, ou regulamento, ou opinião fundamentada, que deva prevalecer contra a doutrina de LAFAYETTE e T. DE FREITAS, doutrina baseada na interpretação de um claro e facil texto de lei.

Vejamos se entre as leis e alvarás concernentes á materia ha qualquer coisa que justifique a disparatada balela.

SOUZA BANDEIRA, em seu *Novo Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda*, á pag. 405 *usque* 413, facilita-nos a tarefa, transcrevendo um *parecer da comissão de fazenda da Camara dos Deputados na sessão de 1855*, e um *projecto de lei de 3 de agosto do mesmo anno*. O *parecer* allude a uma consulta do Conselho de Estado de

3 de abril de 1855, consulta em que quatro conselheiros sustentaram o privilegio da fazenda publica, e quatro o negaram. O resumo da consulta, feito pela commissão de fazenda, mostra-nos que o argumento capital, senão unico, dos quatro conselheiros favoraveis ao privilegio, foi a lei de 22 de dezembro de 1761, lei que mais de uma vez temos visto citada como fundamento do *privilegio*. Ora, a lei de 22 de dezembro de 1761 (artigos 13, 14 e 15, que são os artigos citados) *não contem uma só palavra, uma só, que de qualquer modo consagre o privilegio da fazenda publica em face dos credores hypothecarios*. Pelo contrario, muito pelo contrario, a lei de 22 de dezembro de 1761 estatue o seguinte (§§ 13, 14 e 15) : "Mando que da publicação desta em diante se não possam mais guardar as preferencias pela prioridade das penhoras, nem ainda a respeito dos credores particulares: E que ainda entre esses credores particulares *prefiram os que tiverem hypothecas especiaes anteriores, provadas por escripturas publicas*; e não de outra sorte; nem por outra maneira alguma que seja: E que a respeito da Minha Real Fazenda se proceda na fórma abaixo declarada. 14 Logo que qualquer credor pretender entrar em concurso com o meu Real Erario se legitimará antes de tudo verbal, summariamente e de plano; produzindo ante o Juiz Executor todos os titulos e razões com que intentar preferir: Para o mesmo fazer autoar estes requerimentos pelo Escrivão a que tocar, o qual continuará delles vista immediatamente ao Procurador Fiscal a que pertencer: E para que o tal Procurador em a sua resposta leve os papeis em que lançar ao mesmo Conselho, para nelle se decidirem pela pluralidade dos votos: de sorte que, achando-se os taes preferentes em algum dos dous casos em que devem preferir; os quaes são: *Primeiro, o de terem hypothecas especiaes, provadas por escripturas publicas, e anteriores aos contractos dos Rendeiros da Minha Fazenda e ás posses dos Magistrados, ou aos provimentos dos Thesoureiros e Officiaes obrigados á mema Fazenda*. Segundo, o de terem sentenças também anteriormente alcançadas contra os sobreditos com pleno conhecimento de causa, e não de preceito; ou

fundadas na confissão das partes: Em qualquer destes dous casos se mandem suspender as execuções, e se proceda ao levantamento dellas; e dos sequestros, ou penhoras, que houverem feito. 15. Achando-se porém que as *hypothecas* ainda provadas por escripturas publicas são sómente geraes ou *posteriores*; ou que as sentenças, vendas, doações, dotes, legados ou alheiações, em que os taes preferentes intentarem fundar-se são *posteriores aos Contractos Reaes* ou aos provimentos dos Thesoureiros ou Officiaes que têm a seu cargo a arrecadação da Minha Fazenda, ou ás posses dos Magistrados que têm o mesmo cargo; *logo serão os pertenses (pretensos) preferentes excluidos in limine*, como inhabeis e como illegitimos contradictores para serem admittidos a concurso com o meu Real Erário: e se darão logo despachos para se ajuntarem aos autos das Execuções afim de nellas se proseguir até integral pagamento da mesma Real Fazenda". Ahi está tudo o que contém a lei de 22 de dezembro de 1761, no que concerne ao privilegio da fazenda publica em face dos credores hypothecarios; e o que sobre essa materia dispõe a lei transcripta, é que *as hypothecas anteriores aos contratos dos rendeiros da real fazenda preferem ás dividas provenientes dos mesmos contratos*, isto é, ás dividas dos rendeiros para com a real fazenda. A lei só manda excluir os credores hypothecarios, como *inhabeis e illegitimos contradictores*, quando as hypothecas são POSTERIORES ás dividas provenientes dos contratos dos rendeiros. A lei, portanto, não contém preceitos especiaes para a a garantia dos impostos directamente pagos pelos contribuintes; só trata dos contractos dos rendeiros da real fazenda, *decretando a preferencia dos credores hypothecarios com hypothecas anteriores aos mesmos contratos*. Parece incrível que houvesse quatro conselheiros de Estado, que descobrissem na lei de 22 de dezembro de 1761 o privilegio em questão. Felizmente, houve outros quatro conselheiros de Estado, que affirmaram positivamente que os quatro primeiros estavam redondamente equivocados. Foi o que salvou a reputação do conselho de Estado.

Tão absurda era a opinião dos quatro conselheiros de Estado que viam na lei de 1761 o privilegio da fazenda publica, que a commissão de fazenda da Camara dos Deputados julgou necessario elaborar um projecto de lei, o qual no art. 1º, n. 8, conferia á fazenda publica o direito de, nos processos de fallencia, ser paga com prelação a quaesquer outros credores da mesma classe. Esse projecto nunca foi approvedo.

A lei de 22 de dezembro de 1761 não offerece o menor arrimo á absurda balela.

Haverá outra lei, que autorize o absurdo que combatemos? As *Instrucções de 20 de Novembro de 1863*, assignadas pelo marquez de Abrantes, dizem que (art. 6º), levantando-se questão no juizo da fallencia sobre a classificação da divida activa da fazenda, será resolvida a questão de accôrdo com a lei de 1761, com o alvará de 12 de maio de 1758, §§ 10 e 11, com a lei de 20 de junho de 174, §§ 34, 37, 39 e 41, e com o alvará de 24 de julho de 1793, § 1º, e mais disposições em vigor.

Poderá alguém suppor que algum dos alvarás citados dê á fazenda publica o almejado privilegio. Isso não se verifica. Eis aqui, fielmente transcriptos, os §§ 10 e 11 do alvará de 12 de maio de 1758 "Para mais facilitar os meios necessarios de beneficiar os meus vassallos, com as vantagens, que a todos elles se hão de seguir das sobreditas edificações, ou reedificações, estabeleço que as pessoas que emprestarem dinheiro, ou concorrerem com materiaes, ou mãos de obreiros, para se edificar, dentro do recinto da cidade de Lisboa, que foi expresso no meu sobredito decreto de três de dezembro do anno proximo passado, figurem não só com Real Hypotheca em concurrente quantia nos edifícios ou bemfeitorias, que nelles se fizessem em todo, ou em parte, mas tambem com preferencia a todos, e quaesquer outros credores, ainda hypothecarios, que fizerem penhoras posteriores ás edificações ou reedificações, como se os mutuantes tivessem penhoras filhadas

anteriores, e feitas em execução de sentenças havidas em juízo contencioso com plenário conhecimento de causa: O que se executará posto que os outros credores sejam privilegiados; ou ainda que seja a Minha Real Fazenda, porque a todos os outros privilégios Ordeno, que se prefira sempre o dos sobreditos mutuantes. XI. Formando-se concurso sobre os bens de qualquer reedificante, ou edificante, o juiz deste concurso, conhecendo breve, e summariamente, da verdade da dívida procedida da edificação, ou reedificação total, ou parcial, faça logo pagar ao credor della pelo producto das lojas, casas, ou armazens reedificados, eximindo-o assim da longa disputa dos mais preferentes, e de esperar a final decisão de todo o concurso ordinário". Só se prescreve no alvará de 12 de maio de 1758 que as pessoas, que contribuirem com dinheiro, materiaes ou mão de obra; para as edificações e reedificações no recinto de Lisboa, tenham preferencia a todos e quaesquer outros credores, inclusive os hypothecarios, que fizerem penhoras posteriores ás edificações e reedificações. Como é fácil vêr, o alvará de 12 de maio de 1758 nenhuma disposição encerra contraria á these que sustentamos. Nem sequer tem relação com ella.

O alvará de 24 de junho de 1793 (junho e não julho, como dizem erradamente as *Instrucções*) no § 1º determina: "Quanto aos pontos de preferencia, que pretendem ter os credores do devedor fallido nos bens, em que tem hypotheca especial e legal, quaes são as moradas de casas e outras fazendas, para a compra, construcção, ou reparação, das quaes concorrerão com dinheiro ou materiaes: Sou servido declarar que estas dividas não se entendem comprehendidas na generalidade do rateio estabelecido no § 22 do alvará de 13 de Novembro de 1756; mas que devem ser pagas precipuamente, e com preferencia pelo producto dos bens da sua especial hypotheca, por serem tão privilegiadas, que pelo mesmo § 22 preferem á minha real fazenda, quanto mais aos outros credores concorrentes". O alvará reproduzido somente confirma a



hypotheca privilegiada do credor que contribuiu com dinheiro, ou materiaes, para a construcção, ou reparação, do predio, *hypotheca a qual prevalece até contra a real fazenda*. Nada mais.

A lei de 20 de junho de 1774 (que facilmente pode ler-se á pag. 730 até 736 do *Código Filippino*, anotado por CÂNDIDO MENDES), no § 34 estatue a prelação do credor que concorreu com dinheiro, ou materiaes, para a construcção, ou reparação, do edificio, para que a respeito das bemfeitorias seja nellas primeiro graduado que outro qualquer credor, a quem o solo, ou edificio, tenha sido geral, ou especialmente hypothecado. No § 37 dispõe que tem hypotheca legal privilegiada o credor de dinheiro emprestado para compra de qualquer fazenda, ou terras, a respeito somente dos bens comprados com o dinheiro emprestado, constando da escriptura do emprestimo que este se fez com esse destino, e verificando-se a compra posterior. No § 39 preceitua que os credores de fretes preferem aos hypothecarios, desde que se trata dos bens ou fazendas hypothecadas, ou da sua importância em dinheiro. No § 41 prescreve que todos os credores que por identidade de razão se acharem comprehendidos *no espirito dos casos já citados*, preferirão igualmente aos credores hypothecarios. Eis o que contém a lei de 20 de junho de 1774, nos §§ citados. Nada mais. Como se vê, essa lei nada tem que vêr com a nossa questão.

Na falta absoluta de lei que sirva de apoio ao desejado privilegio da fazenda publica, federal, estadual, ou municipal, temos visto citar mais de uma vez o art. 21, § 2º, do decreto de 16 de abril de 1842. Ora, a disposição citada é a seguinte: "A penhora executiva terá logar, se, exigida a decima, não fôr paga de prompto. A exigencia será provada por verba lançada e assignada pelo respectivo recebedor no verso do conhecimento do talão, e se procederá immediatamente á penhora do prédio ou seu rendimento, *que serão considerados sempre como hypothecados ao imposto*, ou em quaesquer bens moveis e semoventes



do devedor pela importancia que bastar para a solução da decima vencida, da multa e das custas judiciaes, fundando-se a intenção da fazenda nacional nas certidões passadas pela Recebedoria". O predio se considera hypothecado á fazenda publica. E' a hypotheca hoje denominada *onus real*, que, como nos ensinou T. DE FREITAS, é expressão equivalente a *onus hypothecario*. Temos o predio hypothecado á fazenda publica; mas, como hoje não ha hypothecas privilegiadas — ponto corrente em direito, o credor hypothecario com hypotheca *anterior á divida fiscal* prefere á fazenda publica. Não atinamos com o argumento que se pretende deduzir do decreto de 16 de abril de 1842.

Impossibilitados de offerecer um texto de lei que lhes suffrague a estruxula opinião, os defensores do phantastico privilegio insistem na expressão - *onus real*, que se lê na lei de 24 de setembro de 1864, d'onde passou para a lei, actualmente vigente, de 19 de janeiro de 1890.

Que mirífica virtude terá a expressão *onus real*? *Onus real* significa *privilegio*? Significa *hypotheca privilegiada*? Significa hypotheca de qualquer natureza e denominação, que tenha a efficacia de preferir ás hypothecas *anteriores*? Nenhuma dessas accepções póde ser adjectivada á expressão — *onus real*. Como é correntissimo em direito, e como expressamente declara a lei de 19 de janeiro de 1890, *onus real* é um genero, que comprehende as seguintes especies, *além da hypotheca: penhor agricola, servidão, uso, habitação, antichrese, usufructo, fôro e o legado de prestações ou alimentos — expressamente consignado no immovel*. Ora, o *onus real* da fazenda publica sobre os immoveis do contribuinte evidente e indubitavelmente não é penhor agricola, não é servidão, não é uso, não é habitação, nem antichrese, nem usufructo, nem fôro, e muito menos legado de prestações ou alimentos — expressamente consignado no immovel. Que ha de ser, senão hypotheca, segundo affirma TEIXEIRA DE FREITAS em a nota 16 á pagina 737 da

*Consolidação* (edição de 1896)? E, se é *hypotheca*, onde está a lei que lhe dá a prerrogativa de *hypotheca privilegiada com preferencia às convencionaes anteriores á divida fiscal*? Onde está?

O que nós temos, é uma disposição muito terminante a favor da nossa these no art. 29 do decreto n. 9.885, de 29 de fevereiro de 1888: "São títulos de preferencia contra a fazenda nacional, *provando-se serem anteriores á divida fiscal* — as *hypothecas* legaes ou convencionaes, especializadas e inscriptas na forma da lei."

Que haviam de dizer os adversários da nossa doutrina a essa disposição terminante e clarissima? Objectam (e a sua objecção é a confissão de que não têm absolutamente um só argumento acceitavel a favor do seu asserto) que o decreto de 29 de fevereiro de 1888 foi expedido pelo Governo, e não é lei; o Governo, usando da autorização concedida pela lei n. 3.348, de 20 de outubro de 1887, em vez de se limitar á consolidação do processo executivo fiscal, alterou direitos civis e incluiu a alteração no já transcripto art. 29. Para quem sabe que o decreto de fevereiro de 1888 foi elaborado e referendado por FRANCISCO BELISARIO SOARES DE SOUZA, e para quem conhece o valor desse nome, o que era a competencia, o patriotismo e o escrupulo desse inolvidavel estadista,, a resposta é compromettedora. Comprehende-se que um ministro da fazenda da envergadura de FRANCISCO BELISARIO tenha commettido a levandade de sacrificar os interesses da fazenda publica por um decreto errado? O decreto de fevereiro de 1888 consolidou, não só o que as leis do paiz, havia muito, preceituavam sobre a nossa questão, mas o que desde o direito romano vigora a esse respeito. A Constituição 4<sup>a</sup> do Cod., *qui potiores in pignore habeantur* (liv. 8<sup>o</sup>, tit. 18) estatuiu: "*Si fundum pignori accepisti, antequam reipublicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior es jure*". Litteralmente: se recebeste em *hypotheca* algum immovel, antes que sobre o mesmo pezasse algum onus em favor da fazenda publica, assim como és *anterior no tempo*, ficas

sendo *superior no direito*. Nem o direito romano, direito despotico em materia fiscal, direito despido das garantias que o regimen constitucional creou para os contribuintes, nem o direito romano consagrava a iniquidade propugnada pelos nossos adversarios.

As leis e decretos posteriores ao de 29 de fevereiro de 1888 reproduzem invariavelmente o preceito contido no art. 29 da quelle decreto. O artigo 330 do decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, dispõe: "São títulos de preferencia contra a fazenda nacional, provando-se serem anteriores á *divida fiscal*, as hypothecas legaes ou convencionaes, especializadas e inscriptas na fórmula da lei": A lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, no art. 86, prescreve: a disposição do art. 330 do decreto n. 848, de 1890, se applica á classificação dos credits das fallencias, revogado assim o disposto no art. 69, a), do decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890. O art. 69, assim revogado, estatua: "São credores separatistas (*ex-jure crediti*) : a fazenda publica, para ser paga dos impostos sobre immoveis pelo producto delles"... Este artigo não distinguia entre hypothecas *anteriores* e hypothecas *posteriores* á divida fiscal; mas, desde que a doutrina consagrada pela legislação patria, o systema do nosso direito positivo, era o que se vê dos decretos de 29 de fevereiro de 1888, de 11 de outubro de 1890 e da lei de 20 de novembro de 1894, está claro que a lei das fallencias não continha uma derogação do direito hypothecario brasileiro. Não é a fallencia que opera a graduação de credits, *senão a sua natureza*. Nem a questão de saber se o credor hypothecario prefere, ou não, á fazenda publica, é materia de lei de fallencias, e só por utilidade *pratica* podia ser regulada em uma lei como a de 24 de outubro de 1890. Bastava, pois, que o respectivo regulamento discriminasse as duas hypotheses; não era necessario revogar o art. 69. Quando muito, uma interpretação authentica, e nunca um artigo de lei revogatorio, era o admissivel.

*A Consolidação das Leis referentes á Justiça Federal* (decreto n. 3.084, de 5 de novembro de 1898), obra de um distinto jurisconsulto, declara no art. 85, da *parte quinta*: "São títulos de preferencia contra a Fazenda, provando-se serem *anteriores* á divida fiscal — as hypothecas legaes ou convencionaes, especializadas e inscriptas na fórmula da lei".

Suppõem alguns dos nossos contrarios que a actual lei <sup>(\*)</sup> de fallencias (de 16 de agosto de 1902) no art. 77 encerra uma disposição, que lhes é favoravel. O art. 77 diz o seguinte: "São credores separatistas (*ex-jure crediti*) : a fazenda publica; es Estados e os municipios, pelos impostos devidos". Do mesmo modo que o art. 69 da lei de 24 de outubro de 1890, o art. 77 da vigente lei de fallencias não discrimina as duas hypotheses — a de ser a hypotheca *anterior*, e a de ser posterior á divida fiscal. Mas, que não pensou o legislador em revogar por meio de uma lei de fallencias a preferencia do credor hypothecario com hypotheca *anterior* á divida fiscal, que não foi seu intuito alterar nesta parte o nosso systema de concurso de preferencias, é o que se vê de modo clarissimo pela leitura do art. 78, III, paragrapho unico, da mesma lei de 16 de agosto de 1902, artigo que prescreve: "Os decretos n. 169, de 19 de janeiro de 1890, e n. 370, de 2 de maio de mesmo anno, *regularão as preferencias*". O legislador de 1902, pois, deixou a questão das preferencias em geral entregue á legislação anterior, á legislação vigente ao tempo de ser promulgada a lei de 1902. Que continha essa legislação a respeito da nossa these? Responde-nos um decreto do poder federal, que aprovou o trabalho de um illustre jurisconsulto, a citada *Consolidação das Leis referentes á Justiça Federal*: as hypothecas *anteriores á divida fiscal* são pagas de preferencia á mesma divida. Tanto é essa a verdadeira interpretação da lei de 16 de agosto de 1902, que o seu regulamento (decreto n. 4.855, de 2 de junho de 1903), no art. 303, preceitúa: "Entre os credores com privilegio geral, incluem-se a fazenda

---

(\*) Este trabalho foi publicado em 1903.

nacional, os Estados e os municipios, pelas dividas de impostos" (lei n. 221, de 1894, art. 86) ; sendo, porém, *titulos de preferencia*, quando *anteriores á divida fiscal* (decreto n. 848, de 1890, art. 330, decreto n. 3.084, de 1898, parte V, art. 85)—as *hypothecas convencionaes ou legaes*, especializadas e inscriptas na forma da lei.

Todas as nossas leis, desde as mais antigas até ás mais modernas, e todos os nossos regulamentos, preceitúam com uma clareza notavel que o credor hypothecario — com *hypotheca anterior á divida fiscal*, seja pago de preferencia á fazenda publica.

Nunca tivemos, absolutamente nunca, o absurdo pretendido pelos defensores do pretenso privilegio da fazenda publica.

Mas, objectam ainda os nossos antagonistas: é preciso interpretar as nossas leis, que estatuem a preferencia do credor hypothecario; importa precisar o sentido da expressão — *hypothecas anteriores á divida fiscal*. Que quer dizer essa expressão? Significa hypothecas constituídas antes de começar o dono do predio a dever os impostos? Significa hypothecas constituídas *antes da promulgação da lei que cria os impostos*? E' neste ultimo sentido que deve ser entendida a expressão legal, dizem os contrarios.

Em que se basêa essa opinião? Exclusivamente na interpretação do art. 2.098 do *Cod. Civil Francez* e na doutrina de alguns jurisconsultos que commentam essa disposição de lei. A segunda alinea do cit. artigo diz: "*Le Trésor Public ne peut cependant obtenir de privilege au pré judice des droits anté-rieurement acquis a des tiers*". Com esse preceito, affirmam os que nos são adversos, o legislador apenas prohibiu a promulgação de leis com effeito retroactivo, que ferissem os direitos adquiridos dos outros credores em concurrencia com o thesouro publico. Os credores que têm hypothecas anteriores á lei que confere o privilegio ao fisco, têm preferênciã; os credores com hypothecas posteriores á lei

que confere ao fisco o privilegio, estão em posição, inferior, cedem ao fisco, muito embora os impostos sómente sejam devidos, e se tornem exigíveis, depois de constituídas as hypothecas.

Em primeiro lugar, cumpre não esquecer que o systema francez é muito diverso do nosso. Em França ha o *privilegio*, definido pelo art. 2.095, do *Cod. Napoleão*, que preceitúa de modo muito expresso: "*Le privilege est un droit que la qualité de la créance donne a un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires.*" O privilegio do direito francez, pois, dá ao credor privilegiado o direito expresso de ser pago de preferencia aos credores hypothecarios, o que não se verifica entre nós, conforme ensina LAFAYETTE, no lugar já; transcripto: "hoje a hypotheca, legal ou convencional, é pura, e *illide e perime sempre o privilegio, qualquer que seja a sua prerogativa*".

Em segundo lugar, as expressões de que se servem o legislador patrio e o legislador francez, são muito differentes: o legislador francez escreveu — o Thesouro Publico não póde obter privilegio com prejuizo dos direitos anteriormente adquiridos por terceiros; o legislador patrio escreveu — preferem ao fisco os credores hypothecarios cujas hypothecas são *anteriores à divida fiscal*. O fisco tem um onus real. O onus real neste caso, é como diz T. DE FREITAS (e não podia ser outro direito real absolutamente), a *hypotheca*. A hypotheca é um accessorio; o principal é a divida. O *onus real* do fisco, o qual não depende de registro, só começa a ter existencia quando ha *divida não paga*. Se o devedor dos impostos lançados paga na época determinada pela lei, e não ha divida fiscal, nenhum onus real, nenhuma hypotheca, póde onerar o immovel. Accessorio sem principal? Só se a lei o prescrevesse de modo positivo, abrindo uma excepção á regra geral.

Não comprehendemos absolutamente como se possa torcer o sentido de uma expressão clarissima. A lei declara que preferem os

credores com hypothecas anteriores *á divida fiscal*. Que quer dizer *divida fiscal*? Significa a lei que cria o imposto? Creado um imposto e pago, *ha divida fiscal*? A *divida fiscal* não começa a existir, quando um contribuinte é collectado em determinado anno? Antes de lançada a contribuição, de designada a quota que uma pessoa tem de pagar, *ha divida fiscal*? Quando a lei usa dos termos — *divida fiscal*, quer exprimir coisa differente de *divida fiscal*? Divida fiscal não é divida fiscal? Sendo o *Cod. Napoleão* muito anterior ás nossas leis fiscaes, se o legislador quizesse estatuir uma regra igual á do direito francez, não era natural que empregasse expressões equivalentes á do legislador francez?

Finalmente, a reproduzida interpretação é repellida pelos próprios jurisconsultos francezes. AUBRY e RAU, cuja autoridade é immensa, e não excedida por nenhuns expositores, ou commentadores, do direito francez, AUBRY e RAU, apoiados em LO-CRE' (Leg. XVI, pag. 246, numeros 19 e 20) escreveram a seguinte nota, que é a de n. 39, á pag. 187, tomo 3º, do *Cours de Droit Civil Français*, edição de 1869: "*La disposition dont il s'agit* (a segunda alinea do art. 2.018, já transcripta neste estudo) *a été insérée au Cod. par suite d'un débat qui s'était élevé au sein du Conseil d'Etat, sur l'effet du privilege du Trésor quant aux biens des comptables; et il résulte jusqu'a l'évidence du proces verbal de cette discussion, que le Conseil n'a pas seulement entendu sauvegarder les droits acquis a des tiers avant la promulgation des lois nouvelles qui pourraient intervenir, mais qu'il a bien réellement voulu maintenir, au regard du Trésor, l'efficacité des privileges aquis avant la naissance de ses créances ou droits privilégiés.*"

Querem ver de um modo absolutamente claro, sem possibilidades de equívocos, como é falsa a doutrina adversa, e como é verdadeira a nossa, mesmo no direito francez? Aqui está a prova real, e esmagadora: o artigo 2.098 do *Cod. Napoleão* deixou os privilegios do thesouro para serem regulados por leis extravagantes posteriores. A lei



que estabelece um privilegio equivalente aos nossos impostos prediaes, como ensinam a cada passo os jurisconsultos francezes, e como facilmente se pôde verificar no livro intitulado *Codes Français et Lois Usuelles*, ed. de 1901, pagina 135, da parte denominada — *Lois Usuelles*, é a lei de 12 de novembro de 1808, que no art. 1º diz assim: "*Le privilege du Trésor Public pour le recouvrement des contributions directes, est réglé ainsi qu'il suit, et s'exerce avant tout autre: 1º pour la contribution fonciere de l'année echue et de l'année courante, sur les récoltes, fruits, loyers et revenus des biens immeubles sujets á la contribution.*" O privilegio do fisco em França só tem vigor durante dois annos — o *corrente* e o *anterior*. Esse privilegio, que incide sobre os fructos do predio *exclusivamente* e não sobre o immovel; esse privilegio, que não pôde prejudicar aos credores hypothecarios (Cassação — 22 de agosto de 1836 e 12 de julho de 1852, no livro ultimamente citado, pag. 330 do *Cod. Napoleão*); esse privilegio que é muito mais que o nosso *onus real*, não vigora durante todo o tempo que a respectiva lei vigora; vigora unicamente por dois annos—o corrente, em que o contribuinte *deixou de pagar a divida fiscal*, e o anterior, em que *igualmente não foi paga a divida fiscal*. Como isso é diverso do que assevera a doutrina contraria! No direito francez o privilegio, que não prejudica aos credores hypothecarios, *porque não incide sobre os immoveis, mas exclusivamente sobre os fructos destes*, é um privilegio que *não começa com a promulgação da lei*, é um privilegio que dura *sómente dois annos*, e dois annos *em que ha divida fiscal*. A interpretação adversa parte de uma affirmacão completamente falsa.

Não ha paiz civilisado em que o privilegio do fisco se exercite por todo o tempo em que vigora a respectiva lei, ou, mais precisamente, em que o privilegio comece a se tornar effectivo com a promulgação de uma lei. O privilegio do fisco entra em acção, *quando ha divida fiscal*, depois que o fisco se faz credor, e deixa de receber os impostos *exigiveis*.



Veja-se o que determina o art. 1.697, n. 6, do *Código de Comercio* da Republica Argentina: "*Son acreedores con privilegio general, aquellos cuyos créditos proceden de alguna de las causas siguientes: Los créditos del Fisco, y los de las municipalidades por impuestos fiscales ó municipales devengados*". O art. 2.472 do *Código Civil* do Chile estatue: "*La primera classe de créditos comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeram: 6º, Los créditos del Fisco e los de las municipalidades, por impuestos fiscales ó municipales, devengados*". O fisco só tem privilegio sobre os bens do contribuinte por impostos *devengados*, isto é, devidos, vencidos, exigíveis.

Veremos depois o que dispõem outros codigos de nações cultas.

D'onde terá provindo a balela? Um boato falso não tem fundamento; mas, o boato falso muitas vezes se explica: foi sua origem um equivoco, uma apreciação precipitada, uma phrase mal ouvida.

Com o intuito de verificar a procedencia da nossa balela, compulsámos os antigos civilistas e praxistas patrios, á cata de um trecho, de uma passagem qualquer, em que se affirmasse a preferencia do fisco aos credores hypothecarios com hypothecas constituidas *antes* (cumpre não olvidar um só instante que sempre nos referimos ás hypothecas *anteriores á divida fiscal*) de serem devidos e exigíveis os impostos. O primeiro que consultámos foi SYLVA, que *Ad Ordinationes*, liv. 3º, tit. 91, *ad principium*, n. 37, tratando do fisco, doutrina: "*licet ex privilegio executivo preveniat in capiendis bonis debitoris, non ideo exinde adversus anteriorem creditorem hypothecam habentem praelationis jus obtinet*". Lição mais positiva e clara não é possível. Ao pé da letra: posto que o fisco se dê pressa, corra e chegue antes (*praeveniat*), armado do seu privilegio executivo, e faça penhora nos bens do devedor, nem por isso adquire direito de prelação contra o credor que tem hypotheca

anterior. GABRIEL PEREIRA DE CASTRO, na *Decisio vigesima tertia*, n. 4, depois de figurar diversas hypotheses, assevera que prefere ao fisco o credor a quem foi empenhada especialmente certa quantidade de marmore: "*creditor praefertur fisco, guia ipsa marmora specialiter fuerunt creditori obligata*". MENDES DE CASTRO, na *Practica Lusitana*, liv. 3º, cap. 21, n. 71, afirma: "Nam etiam fiscus non proefertur anteriori creditori in hypotheca, nec enim jus privati laeditur per obligationem fisco postea factam; nisi fiscus sit creditor in debito primipili; . . . dicit intelligi primipilum, id est, generalem thesaurarium principis. Vel nisi in bonis quaesitis post obligationem contractam cum fisco. Nam fiscus non est privilegiatus, nisi quatenus expressim reperitur". Ao pé da letra: porquanto o fisco não tem preferencia em relação ao credor com hypotheca anteriormente constituida; nem o direito do particular póde ser lesado em consequencia de obrigação posteriormente contrahida para com o fisco, excepto se o fisco fôr credor do centurião, commandante da primeira centuria dos triarios, ou se tratar de bens adquiridos depois de devidos os impostos (está claro que nesse caso a hypotheca é sempre e necessariamente posterior á *hypotheca geral tacita privilegiada*, que então tinha o fisco); porquanto, o fisco só é privilegiado nos limites expressamente determinados pela lei. EGYDIO, citando MENDES DE CASTRO, na passagem já reproduzida neste estudo, diz o seguinte sobre a nossa questão (*Commentaria in lex Hoc Jure, ff. de justit. et jur., pars. 2ª, cap. I, n. 23*) : "*His tamen non obstantibus, contrariam sententiam probabiliorum duco quam tenet MEND., dit. cap. num. 71, versicul. Contrarium; pro qua considerari oportet, Principem et fiscum ejus, in casu de qua agimus, nec jure communi attento, nec nostro, privilegium aliquod habere.*" Ao pé da letra: não obstante o que fica dito, julgo mais acertada a opinião contraria, sustentada por MENDES DE CASIRO, segundo a qual, no caso de que tratamos, nem o principe nem o fisco, têm privilegio de especie alguma, quer pelo direito commum, quer pelo nosso. MORAES. (*De Executionibus*, vol. 3º, livro VI, cap. IX, n. 74), depois de assentar a

regra de que o fisco não tem privilegio algum em face dos outros credores do devedor commum "*cum fiscus nullum praelationis privilegium habeat concurrente com allis creditoribus*), enumera tres excepções á regra geral: "*In tribus tamen casibus fiscus proferetur, cū in illis et hypothecam et praelationis privilegium habeat. Primus est in bonis quaesitis a debitore, post contractum cum Principe celebratum, in illis enim fiscus anterioribus creditoribus etiam generales hypothecas omnium bonorum habentibus praefertur. . . Secundus casus est in debito primipili. . . Tertus tandem casus* (aqui está a nossa espécie) *est in debito ex tributis*, Liv. I, Cod., *si propter public. pensit. Sed ille textus bene expensus contrarium probat, nec alibi in jure privilegium praelationis adversus creditores hypothecarios pro tributis invenitur concessum. Contrarium vero probat, imó Principem non subjici. Ord. cujus est conditor, et sic praeferrí, si est antiquior creditor, probat late in, simile lege Surd., dec. 13, et est expressum no Regimento da Fazenda, cap. 156.* Ao pé da letra: todavia em tres casos o fisco deve ser preferido, cabendo-lhe nessas tres hypotheses hypotheca e privilegio de prelação. O primeiro caso se dá, quando se trata de bens adquiridos pelo devedor depois do contrato celebrado com o principe ; porquanto, em relação a taes bens o fisco prefere aos credores anteriores, ainda que estes tenham hypothecas geraes de todos os bens (hypothecas geraes de bens presentes e futuros, hoje abolidas, note-se bem). O segundo caso é o da divida do primipilo (hoje e desde o direito portuguez simples recordação historica). O terceiro caso, finalmente (é a nossa hypothese) é o das dividas provenientes de impostos, segundo preceitúa a Const. 1<sup>a</sup> do Cod., *si propter publicas pensitationes venditio fuerit cefebrata*. Mas, *este texto, bem ponderado, PROVA O CONTRARIO* (ille textus, bene expensus, contrarium probat) ; nem em qualquer outra disposição de lei, em qualquer outra parte do direito, se acha, ou se descobre, a concessão de preferencia ás dividas fiscaes em relação aos credores hypothecarios, ou contra os credores hypothecarios (*adversus creditores hypothecarios*). Entretanto, SURDO

demonstra largamente, a proposito do texto citado, que o principe não está sujeito á ordenação, de que é autor (no regimen do absolutismo), e assim deve ser preferido, tem prelação, SE E' CREDOR MAIS ANTIGO (*si est antiquior creditor*). Mesmo no regimen despotico o pricipe prefere ao credor hypothecario, sómente quando a sua divida (delle principe) é mais antiga. Assim resolve a nossa questão MORAES, cuja obra foi publicada em 1742!

Decididamente, os civilistas e praxistas patrios não explicam a balela.

Qual será a explicação da origem deste absurdo boato falso, que a tanta gente tem prejudicado?

Terá a balela sua origem no direito estrangeiro, nos codigos das nações cultas, ou nos respectivos commentadores e expositores?

Também não. Os melhores codigos contemporaneos contrariam expressamente a absurda opinião, sem fundamento algum.

Já vimos que o Cod. Civil Francez, no artigo 2.098, deixou o privilegio do thesouro publico para ser regulado por uma lei extravagante. Veiu depois a lei de 12 de novembro de 1808, já citada neste artigo, a qual conferiu ao fisco um privilegio absoluto para a cobrança dos impostos devidos no anno corrente e no anno anterior (*la contribution fonciere de l'année échue et de l'année courante*), privilegio ou prelação que incide *exclusivamente nas colheitas, fructos, alugueis e rendas dos immoveis sujeitos ao imposto (sur les récoltes, fruits, loyers et revenus des biens immeubles sujets à la contribution)*. Na França, pois, o privilegio é limitado aos *rendimentos* dos immoveis tributados, e aos rendimentos de *dois annos exclusivamente*. Nada mais. Entretanto, commentando a lei de 12 de novembro de 1808, TROPLONG, O grande TROPLONG, cuja immensa autoridade ninguem mais do que nós acata e admira; TROPLONG,

depois de firmar bem, citando um conselheiro de Estado que redigiu a exposição de motivos da lei de 1808, que o privilegio não attinge o immovel, e portanto não prejudica aos credores hypothecarios, escreveu estas palavras: *"Du reste, le privilège accordé au fisc sur les fruits et loyers est absolu, en ce sens qu'il s'exerce avant tous autres, même les frais funéraires et de dernière maladie! On peut appliquer ici ce que j'ai dit plus haut sur cette préférence. Je la crois injuste par son exagération"*. Ahi está como o eximio jurisconsulto qualifica o privilegio do direito francez, equivalente ao do direito patrio, privilegio que na França, incide exclusivamente nos fructos e rendimentos do immovel (e nunca absolutamente no immovel) e vigora exclusivamente por dois annos. (Note-se bem, por dois annos)!

O Cod. Civil Italiano, no art. 1.962, também limita o privilegio a dois annos exclusivamente: *"Sono parimenti privilegiati i crediti dello Stato pel tributo fondiario dell'anno in corso e dell'antecedente."* Justificando essa disposição, que restringe o privilegio a dois annos sómente, DE FIIPPIS accrescenta: *"Colpa dell'esattore, se non fu diligente a ripetere il pagamento delle annate precedenti."* *Diritto Civile Italiano Comparato*, vol. 4.º, § 309). Os dois annos de privilegio são mais que sufficientes: se a fazenda publica não recebe os impostos, o culpado unico é o exactor, o agente fiscal.

O Cod. Civil Portuguez (art. 887) ampliou o prazo, fez o privilegio incidir no immovel, e declarou expressamente que o privilegio prevalece contra a hypotheca, mas tudo isso limitado a *tres annos*. "São creditos privilegiados sobre os immoveis do devedor, ainda que estes se achem onerados com hypothecas: 1º, os creditos por impostos devidos á fazenda nacional *pelos ultimos tres annos, e no valor dos bens em que recahirem os mencionados impostos.*" Commentando esse preceito, escreveu DIAS FERREIRA: "O privilegio é limitado a *tres annos*, porque é de presumir que dentro deste periodo os agentes do fisco cobrem as

contribuições. De resto, se estes forem remissos, *não deve soffrer terceiro as consequencias da sua negligencia*. Limitado assim o privilegio, SABE SEMPRE O ADQUIRENTE ATE' ONDE PODE CHEGAR A SUA RESPONSABILIDADE, e poderá exigir do alheador a prova dos encargos existentes sobre o predio ou procural-o elle mesmo directamente. LEVAR O PRIVILEGIO MAIS LONGE ERA CONTINUAR A MANTER UM FAVOR ODIOSO NO INTERESSE DO THESOURO; tanto mais que, querendo o Estado ampliar a preferencia, póde registrar a hypotheca sobre os bens respectivos". (*Código Civil Portuguez Annotado*, vol. 2º, paginas 325 e 326).

Já o Cod. Civil Hespanhol (art. 1.923) reduz o privilegio *a um anno* sómente: "*Par rapport (traducção de LEVE') aux immeubles et droits réels du débiteur, on accorde la préférence: 1.º aux créances de l'Etat sur les biens des contribuables, pour l'importance de la dernière annuité échue et non payée pour les itnpôts qui les grévent.*"

Os mais modernos, os melhores codigos civis, não conferem ao fisco privilegio por mais de tres annos.

Este systema se comprehende, e se justifica. Privilegio por um prazo muito curto, e que recae em geral nos rendimentos dos immoveis exclusivamente, é um instituto sufficiente para garantir o pagamento da divida fiscal, e que não prejudica aos credores hypothecarios, nem aos terceiros adquirentes.

Como o systema das nações cultas é differente da nossa balela!

Donde terá vindo esta? Será do direito romano.

Foi um maldito texto do direito romano que deu origem a este absurdo inqualificavel, que têm repetido, sem o menor fundamento,

alguns juristas patrios, absurdo que, como já vimos, nunca foi perfilhado, mas sempre repellido, por LAFFAYETTE, TEIXEIRA DE FREITAS e CARLOS DE CARVALHO.

Nas *Pandectas* e no *Código* há disposições, que conferem ao credor hypothecario com hypotheca anterior preferencia em relação ao Estado. Além da constituição já transcripta, veja-se o fr. 8º, *qui potiores in pignore* (liv. 20, tit. 4º) : "*Si pignus specialiter respublica acceperit, dicendum est, praeferri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est, quia et privati praeferuntur.*" Ao pé da letra: se a republica receber alguma coisa em hypotheca ou penhor especial (*pignus* significa hypotheca e penhor, Quicherat e Daveluy, *verbo pignus*), deve-se dizer que a republica em tal caso prefere ao fisco, se o devedor commun começou a dever ao fisco depois do penhor ou hypotheca; porquanto, *os proprios particulares (privati) são preferidos (praeferuntur), têm preferencia em face do fisco.*

O que o direito romano estatuiu com muita clareza é o *onus real* do fisco: *Imperatores Antonius et Verus rescripserunt, in vectigilibus ipsa proedia, non personas, conveniri: et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere* (fr. 7º, *de publicanis et vectigalibus*). Aqui temos o *onus real*, mas *onus* que não prevalece contra os credores com hypothecas anteriores, como declaram a constituição e o fragmento já transcriptos.

Foi apoiado nestes textos provavelmente que MACKELDEY (*Manuel Droit Romain*) doutrinou (no § 353) : *Il est des droits de gage et d'hypothèque, aux quels les lois donnent un droit de préférence particulier (privilegium, jus praelationis), et qui par là priment tous les autres quoique antérieurs.*" E depois acrescentou em nota (n. 12) a esse paragrapho: "*On ne peut cependant faire valoir ces privileges que contre les droits de gage et d'hypothèque postérieurs, que le même débiteur, ou*



*que la loi a constitués sur la chose.*" Foi pela mesma razão que GLUCK escreveu estas palavras (*Gommentario alle Pandette*, livro XX, § 1.093, pag. 321 da edição de 1895, Milão) : *"La regola per cui è preferita l'ipoteca che prima fu costituita è generalissima, e non solo vale contro ogni creditore, SINO CONTRO LO STATO O IL FISCO, ma ha luogo per tutte le specie d'ipoteche, siano esse legali o giudiziali convenzionali o testamentarie."*

Entretanto, o mesmo GLUCK, no § 1.094, citando a Const. 1<sup>a</sup> do Cod., *si propter publicas pensitationes* (liv. 4<sup>o</sup>, tit. 46) parece sustentar o contrario, isto é, que o privilegio do fisco prevalece contra as hypothecas anteriormente constituídas. A Const. citada diz o seguinte: *"Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priori domino pretium offerente, neque creditore ejus jura hypothecae sive pignoris praetendente. Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt."* Aqui está o maldito texto a que nos referimos, texto completamente estranho ao direito patrio, expressamente condenado pelo direito brasileiro, que estatúe o contrario, mas que tantos prejuízos tem causado a tanta gente. E' ácerca das duas palavras — *priori loco* — que versa toda a renhida controversia. Alguns interpretes, como VANGEROW, DERNBURG, WINDSCHEID, e outros citados por GLUCK (vol. citado, pag. 332, nota d) querem que o *priori loco* exprima *preferencia, prelação, posição superior na gradação dos credits*, e então traduzem assim: A venda feita em consequencia da suspensão do pagamento dos tributos não deve ser revogada, ou rescindida, nem na hypothese do dono anterior offerer o preço, nem sequer no caso de algum credor allegar hypotheca ou penhor sobre a coisa vendida; porquanto, é privilegiada a causa do fisco, ao qual todos os bens do devedor de tributos ficam obrigados em primeiro lugar, com preferencia contra quaesquer outros credores. E', como se vê, conferir ao fisco uma *hypotheca tacita geral privilegiada*. Outros



interpretes, como WAECHTER e HuBER, citados por PELLAT (*Traduction du Livre XX et du Tit. VII du Livre XIII des Pandectes*, extrahida da obra de SCHILLING, pag. 99, § 18 da edição de 1840, Pariz), entendem que a expressão, *priore loco* quer dizer — *em tempo anterior*, significa prioridade no tempo.

Assim entendidas as duas palavras, o texto está de pefeito accôrdo com os outros do direito romano, e o fisco não tem privilegio algum que prevaleça contra os credores hypothecarios anteriores á divida fiscal; porquanto, o final do texto se traduz assim: melhor é a posição do fisco, ao qual todos os bens do devedor remisso ficaram obrigados, ou vinculados, em tempo anterior (ás hypothecas e penhores), ou, em portuguez mais claro: melhor é a posição da fazenda publica, quando os bens do devedor lhe ficaram obrigados antes de pesar qualquer hypotheca sobre os mesmos bens. Traduzido assim, o texto em questão significa a mesmissima coisa que o decreto de 29 de fevereiro de 1888, referendado pelo conselheiro FRANCISCO BELISARIO, e os demais decretos e leis do nosso paiz ácerca do ponto de direito que estudamos.

Mas, admittamos, para argumentar, que o maldito texto exprima exactamente o contrario. *Quid inde?* O que se segue, é que em direito romano o fisco tinha uma *hypotheca tacita geral* PRIVILEGIADA sobre os bens dos contribuintes. No direito patrio ha hypothecas tacitas geraes (ou especiaes) privilegiadas? Já não vimos LAFAYETTE e T. DE FREITAS a affirmarem, de um modo clarissimo, que no estado actual do direito brasileiro (a lei de 1890 não alterou neste ponto, como em quasi tudo o mais, a lei de 1864) não ha hypothecas privilegiadas? Não é ponto correntissimo que nós não temos *privilegios*, que prevaleçam contra as hypothecas? Quando a lei é clarissima, e os melhores civilistas patrios a interpretam do modo exposto, será licito deduzir do texto legal por interpretação extensiva um privilegio qualquer? Pois, já não era um principio de direito geralmente acceito no tempo de SABELLI (*Summa*

*Diversorum Tractatum*, tomo 2º, § *fiscus* XV).— *quod fiscus regulariter non sit privilegiatus, sed utatur jure communi, prout privatus, exceptis casibus in quibus reperitur expresse privilegiatus?* Já não ensinava Pegas (*Resolutiones Forenses*, tomo 5 cap. 105, n. 36) que o fisco está sujeito ao direito *commum*, sempre que lhe não é conferido um privilegio de modo especial: "*Fiscus utitur jure communi, ubi non invenitur specialiter privilegiatus?*" Porque em dreito romano ha um texto obscuro, que, segundo alguns, dá ao fisco uma *hypotheca geral tacita privilegiada* e, segundo outros, não, havemos de entender que o fisco entre nós tem uma *hypotheca* privilegiada, quando a nossa lei extinguiu as *hypothecas* privilegiadas, e em todos os nossos textos em vigor não se allude vagamente sequer a *hypothecas* privilegiadas? Quando as nações cultas contemporaneas estabeleceram um *systema* completamente diverso do que alguns interpretes attribuem ao direito romano, *systema* que garante os interesses do fisco e respeita muito os direitos dos particulares, havemos de applicar o direito romano, incerto, ou revogado pelas leis patrias? O proprio direito romano não nos offerece um meio seguro de cortar facilmente quaesquer duvidas semelhantes á que poderia alguém nutrir a respeito da nossa questão, preceituando no fr. 10, de *jure fisci*: — "*Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit?*" Uma outra razão contra nossa doutrina já vimos apresentada sob a fórmula do seguinte argumento: a lei não isentou o onus real da fazenda publica do registro unicamente: a lei foi além, e isentou esse onus tambem da *necessidade* da prioridade!.. .

Onde as palavras da lei, que de qualquer modo signifiquem que o legislador dispensou o onus real da exigencia da anterioridade? Não ha taes palavras, confessam os nossos adversos; mas, acrescentam, *o ficam salvos* não podia exprimir exclusivamente a isenção do registro; porquanto, se a lei com o *ficam salvos* apenas eximisse o onus real da fazenda publica da necessidade do registro, a lei conteria um absurdo.

TROPLONG, no 1º volume de sua obra, *Privileges et Hypotheques*, n. 96, pag. 105 da edição de 1854, escreveu as seguintes frases: *"La loi du 11 brumaire an VII (art. II, n. 2), accordait au fisc un privilege sur les immeubles pour une année échue et l'année courante de la contribution foncière. Ce privilege était même dispensé de l'inscription"*. A lei de 11 de brumario do anno 7º, conferia ao fisco um privilegio sobre os immoveis, o qual abrangia o anno anterior e o anno corrente do imposto respectivo a immoveis. Esse privilegio ERA ATE' DISPENSADO (*était même dispensé de l'inscription*) do registro. O legislador francez, querendo favorecer o fisco, dispensou expressamente o privilegio que continha um onus real, da necessidade da inscrição. Portanto, não é nenhum absurdo dispensar o onus real do fisco da inscrição ou transcrição, como fez o legislador patrio.

Seria a lei de 11 de brumario do anno 7º uma lei mal redigida? Não; porquanto, um seculo depois o mais bem redigido dos codigos civis actuaes, aquelle que por todos é considerado a melhor obra legislativa no genero, o Cod. Civil Allemão, reproduziu o mesmo... *absurdo*. Com effeito, o art. 91 da *Lei de Introducção* a esse codigo preceitua (traducção de MEULENAERE) : *"Restent en vigueur les dispositions des lois des E'tats d'après lesquelles LE FISC, les corporations, les fondations, les institutions du droit public ou les fondations administrées par une autorité publique, ont le droit d'exiger, pour la garantie de certaines créances, l'inscription d'une hypothèque sur des fonds du débiteur, et d'après lesquelles l'inscription de l'hypothèque doit avoir lieu sur la requête d'une autorité déterminée. L'hypothèque ne peut être inscrite que comme hypothèque de sûreté; elle naît avec l'inscription "*. A hypotheca de *segurança*, ou hypotheca *ad cautelam* a que allude o artigo transcripto, é a que estatue o art. 1184 do Cod. Civil Allemão: *"Une hypothèque peut être établie de telle maniere que le droit du créancier du chef de l'hypothèque ne se détermine que d'après la créance, et que le créancier ne peut, pour prouver cette*

*derniere, se prévaloir de l'inscription (hypothèque de sureté) "*. Temos, pois, que o legislador alemão, para garantir as *dividas fiscaes* (assim como para garantir as responsabilidades de certos devedores para com as corporações e fundações) permittiu expressamente que o *fisco inscrevesse, registrasse*, uma *hypotheca especial*, a *hypotheca ad cautelam, ou de segurança*, *hypotheca* a qual começa a existir antes da *divida*, posto que só possa entrar em acção, só funcione, depois que se contráe a *divida*.

Já se vê que não tem o menor fundamento juridico a asserção de que é absurdo cogitar da inscrição, no momento de lançar o imposto. Uma lei franceza no fim do seculo 18 e a mais cuidadosamente elaborada das leis allemãs no fim do seculo 19, do modo mais claro e indiscutivel, provam que não é absurdo cogitar da inscrição, ou transcrição, do onus real do fisco; porquanto, a primeira dispensou o registro, e a segunda permittiu o registro.

Querem mais um exemplo de registro feito pela fazenda publica, para garantir a *divida fiscal*? Aqui o temos na passagem em que DIAS FERREIRA, commentando o art. 887 do Cod. Civil Portuguez, diz: "Querendo o Estado ampliar a preferencia, póde registrar a *hypotheca* sobre os bens respectivos, nos termos do art. 907, na intelligencia de que, se a *hypotheca* fôr inscripta depois de estarem já registradas *hypothecas* a favor de particulares, não prefere a estas" (obra citada, vol. 2º, pag. 326).

Quando, portanto, o legislador patrio isentou o onus real da fazenda publica da inscrição e transcrição, fez uma coisa que já muito tempo antes tinha sido feita. Os onus reaes só valem contra terceiros, quando registrados. Os onus reaes do fisco, por excepção e favor especial, valem contra terceiro, sem dependência de registro. Temos uma

excepção, á regra geral, excepção que não podia ser respeitada na pratica, se não fosse consagrada explicitamente pela lei.

Além da excepção apontada, nenhum outro favor fez a lei ás dividas fiscaes. Se o fez, apontem-nos o texto, em que se abra excepção, por exemplo, á regra acerca da prioridade, regra ABSOLUTA, como diz LAFAYETTE.

O art. 29 do decreto n. 9.885, de 29 de fevereiro de 1888, dispõe com clareza inexcédível que as hypothecas convencionaes preferem *ás dividas fiscaes*, quando são anteriores a essas dividas. De que dividas se trata, perguntam os nossos antagonistas? Incluem-se nessas dividas do art. 29 as dividas provenientes de impostos prediaes e outros impostos respectivos ae immoveis? Inquestionavelmente, sim; porquanto além de serem as dividas provenientes de impostos prediaes dividas fiscaes por excellencia, o art. 1º do mesmo decreto de 29 de fevereiro de 1888 declara quaes são as dividas fiscaes a que o mesmo decreto faz referencia mais de uma vez: são as dividas provenientes (n. 2) "*dos tributos, impostos, cotribuições lançadas e multas*".

Consequentemente, a preferencia estabelecida pelo decreto de 1888, e reproduzida nas leis e decretos posteriores, é prelação que favorece as hypothecas convencionaes anteriores, em face das dividas fiscaes procedentes de quaesquer *tributos, impostos e cotribuições* lançadas e, portanto, dos *impostos prediaes* e outros respectivos a immoveis; pois, seria o máximo dos absurdos excluir os impostos prediaes e outros respectivos a immoveis da expressão tão lata, tão redundante, tão ociosa — "*tributos, impostos e cotribuições lançadas*".

O fundamento de alguns dos que sustentam o privilegio por nós negado, é o art. 77 da lei das fallencias de 16 de agosto de 1902. E' um grande absurdo. Em primeiro logar, não se póde applicar a lei das fallencias, quando se trata de relações juridicas entre pessoas, nenhuma

das quaes é commerciante. Em segundo logar, a lei das fallencias não estatúe de modo algum o que pretendem os que a invocam nesse passo. Além da demonstração que já fizemos desta asserção, temos um meio seguro de vêr que a lei não alterou em coisa alguma o nosso direito até então vigente, e esse meio consiste em ler o regulamento da lei, claro e peremptorio no art. 303 (dec. de 2 de junho de 1903), já transcripto neste artigo.

Desde que o fisco não tem preferencia, não está em melhor posição juridica, mas em gráo inferior, diante do credor hypothecario, a consequencia necessaria, fatal, é que o fisco só recebe o pagamento desua divida, depois de pago o credor hypothecario e no caso de haver sobras. Se o producto da praça, ou o valor dos bens arrematados, não é bastante para pagar a divida hypothecaria, é indiscutível que o fisco não recebe um só vintem. Não se comprehendem absolutamente a declaração de que o fisco está em segundo logar, na gradação dos créditos, e a decisão de que o arrematante dos bens deve pagar ao fisco, *que em caso nenhum perde*. Isso é uma contradicção monstruosa.

Que é concurso de preferencias? Define JOÃO MONTEIRO, citando PEREIRA E SOUZA (que em a nota 913, vol. 2º, das *Primeiras Linhas*, edição de 1872, está comnosco, ensinando muito expressamente que *preferem á fazenda real* os credores que têm hypo-fheca especial anterior) : "*o juizo pelo qual, no concurso de varios credores do devedor commum, sobre os bens deste, ou o seu producto, se dá a primazia ou vantagem áquelle ou áquelles que têm o melhor direito.* (Processo Civil e Commercial, vol. 3º, §287). No concurso de preferencias se trata de indagar quaes são os credores que têm melhor direito, para serem preferidos. O art. 624 do regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, preceitua: "Os credores preferem uns aos outros pela ordem em que ficam classificados, e na mesma classe preferem pela ordem da sua enumeração. Portanto, desde que esteja demonstrada que os credores

hypothecarios têm melhor direito do que o fisco (e é o que temos demonstrado á sociedade), qual a consequência logicamente fatal ? E' a que nos aponta MAKELDEY na obra já citada, § 779: "*Le principe général est: tant que la classe précédente n'est pas intégralement payée, la suivante ne peut rien recevoir*". Ahi está o principio geral, corrente e rudimentar: enquanto a classe precedente não é paga, a seguinte, ou as seguintes nada podem receber.

Se se julgasse que a dívida fiscal deve ser sempre paga pelo arrematante, *ipso facto* se daria ao fisco o privilegio que elle não tem. Com effeito, o arrematante, sabendo previamente que tem de pagar os impostos accumulados, offerece pelo immovel o justo preço, menos o valor dos impostos. Se o predio foi avaliado por 30:000\$000, e o arrematante está disposto a dar os 30:000\$000, só chegará ao preço de 20:000\$000 na hasta publica, sempre que souber que pesam sobre o predio impostos na importancia de 10:000\$000. Quem perde afinal, é o credor hypothecario, que desse modo fica em segundo logar, em classe inferior. E' um absurdo inconcebivel. Admittida a prelação do credor hypothecario, que só por outra tentativa de sophisma póde ser posta em duvida, a consequencia inevitavel é ser pago o fisco, só quando ha sobras depois de paga a dívida hypothecaria.

Os credores hypothecarios que têm hypothecas inscriptas antes das dividas fiscaes, antes de começar o devedor hypothecario a dever impostos á fazenda publica, federal, estadual, ou municipal, devem ser pagos de preferencia, tendo a fazenda publica direito unicamente ás sobras. E' o que preceitua o direito patrio.

## **DIREITO CIVIL**

### **É NECESSÁRIA A HASTA PUBLICA PARA A VENDA DE IMOVEIS PERTENCENTES A MENORES SOB O PÁTRIO PODER ?**



Não se confunde esta questão com a de saber se é necessária a hasta publica para a alienação de bens de *orfams*. O nosso fito é verificar exclusivamente se a lei exige a praça para a transferencia de bens de raiz, de que são proprietarios *menores* que têm pai vivo, sob cujo poder estão.

As duas hypotheses são muito distintas, especialmente quando se attende á natureza dos interesses que importa acautelar. O patrimonio do orfam está exposto aos conluio do tutor com terceiros para a aquisição dos bens da tutela por baixo preço. Demais, ao tutor é indifferente não raro que a venda se faça por mais ou por menos. O patrimonio do menor sob o patrio poder está exposto sobretudo á dilapidação do pai, que, na qualidade de usufructuario, é proprietario dos bens fungiveis do usufructo, com a obrigação de restituir bens da mesma qualidade em igual quantidade, ou o seu valor (CARLOS DE CARVALHO, *Nova Consolidação*, art. 579) ; e consequentemente, podendo dispor do producto da venda dos imoveis do filho menor, tem todo o interesse em que se faça a alienação pelo mais alto preço. De que serviria vender o predio pelo maximo, em hasta publica, se o dinheiro é entregue ao pai como usufructuario e administrador dos bens do filho? Vê-se, pois, que, além do interesse do pai coincidir com o do filho quanto á elevação do preço (o que não se dá no caso do tutor), a hasta publica de modo algum garantiria a conservação do patrimonio do filho. Os pais, em geral, têm no seu coração um tribuno eloquentissimo, que a todos os momentos pleteia a causa dos filhos. Quando, por excepção, essa voz emmudece, e os pais abusivamente querem aproveitar-se dos bens dos filhos, de nada vale a hasta publica: o remedio é outro, e consiste em vedar a alienação dos immoveis sob qualquer fórmula, ou em medidas ainda mais graves, permittidas pelo direito patrio (Ord., liv. 3º, tit. 9º, § 4º, C. DE CARVALHO, obra citada, art. 1.579).



A diferença entre a venda de imóveis de *orfams* e a Venda de imóveis de menor *sob o patrio poder* está claramente consagrada pela lei. A Ord., liv. 1º, tit. 88, §§ 22 a 30, trata dos *bens dos orfams*. Obriga os tutores, ou manda que os juizes obriguem os tutores a arrendarem os bens "que forem para arrendar". Manda vender os moveis em hasta publica, d'onde concluem muitos que os imóveis também devem ser vendidos em praça. Alludindo aos bens de *menores* (§ 26), apenas preceitúa que só se alienem no caso de necessidade indeclinavel.

A torrente dos civilistas não alimenta a menor vacillação neste ponto: para a venda de bens de menor sob o patrio poder, absolutamente não é necessaria a hasta publica. Se para a transferencia de bens de orfams são requisitos essenciaes *a justa causa, o despacho do juiz, a intervenção do tutor*, e, como querem muitos, a *hasta publica*, para a venda de bens de menor sob o patrio poder só exige a lei a justa causa e o decreto judicial, sendo este algumas vezes dispensado, como se vai ver.

GOMES, (*Commentarii in Leges Taurinas*, lex XLVIII, n. 18), depois de expôr a opinião, professada por muitos, de que, havendo justa causa, o pai nem sequer precisa de licença do juiz par alienar bens dos filhos menores, "*quia patria potestas plus debet operari et majorem effectum habet quam potestas tutoris, et quia lex multam confidit de patre*", ensina que para maior segurança deve exi-gir-se o decreto judicial: "*sed his non obstantibus, ego terteo contrarium imo quod requiratur decretum et auctoritas judieis.*"

Nas *Varias Resolutiones, de restituione minorum*, cap. XIV, n. 13, aconselha de novo que se faça a alienação mediante autorização judicial; porquanto, deve ser precedida a alienação de justa causa, apreciada pelo juiz, como, por exemplo, a necessidade de pagar dividas, de alimentos, ou *outra similhante*: "*quod debet praecedere et interponi ex justa causa, puta oeris alieni, alimentorum, vel ex simili causa*". Verdade é

que no mesmo numero 13 faz uma limitação, que o inclui no numero dos que hoje dispensam a propria autorização judicial, exigindo unicamente a justa causa, necessidade, ou pelo menos, utilidade da alheiação; visto tomo, acrescenta, só ao pai que é tutor, ou curador do filho emancipado, cumpre solicitar o decreto do juiz, decreto que se dispensa, quando o pai é legitimo administrador e usufrutuário, sendo esta a opinião *commum* dos doutores (*ibi etiam communiter doctores*).

SABELLI (*Summa Diversorum Tractatum*, tomo 1º, alienatio, XXIII, n. 20) doutrina que a alienação dos bens do menor sob o patrio poder, quando se faz por justa causa, e em consequencia de um acto licito, dispensa quaesquer solennidades peculiares, para ser valida: *"alienatio rerum immobilium minoris valet sine solennitatibus, quando fieret ex necessitate et consequentia actus permissi."*

PEGAS (*Resolutiones Forenses*, tomo 5º, cap 99, n. 22, 23, 24 e 25) reproduz um julgado em que se decretou: *"O que tudo visto e o mais dos autos, disposição de direito, e resolução dos doutores, conforme a qual, havendo justa causa, póde o pai ainda sem decreto do juiz, vender os bens immoveis dos filhos que tem em seu poder... ficando os compradores mais seguros, intervindo a autoridade do juiz, que tem por si a presumpção de direito, e faz os contractos firmes, por ser injustiça que os contrahentes sejam enganados pelo juiz que lhes segurou a validade do contracto"*, etc., etc. A sentença foi confirmada nos seguintes termos: *"Alineationem praecessit causae cognitio, et decretum judicis, sub cujus fide nefas foret emptorem decipi : confirmetur ergo sententia"*.

MACEDO (*Decisiones, decisio XII*) discute a questão de saber se o pai, em caso de urgente necessidade, póde alienar sem decreto judicial, e reproduz a distincção de GOMES (*Antonius Gomesius*) entre a hypothese em que o pai é usufrutuário e administrador dos bens do filho sob o pátrio poder e a em que o pai é tutor do filho emancipado: *"Scio*

*esse opinionem distinguendum inter casum quo pater agit tanquam filii familias administrator, de quo lex multum confidit, atque ita per se solum possit alienare, et casum quo agit tanquam emancipati tutor, de quo minor fiducia habetur, atque ita per se alienare nequeat"* (n. 3). Termina aconselhando que se impetre a licença sem alludir á hasta publica (n.6).

SYLVA (*Ad Ordinationes*, liv. 3º, tit. 42, § 2º) afirma ser *opinião commun* que o pai, legitimo administrador dos bens do filho menor, pôde alienar os bens de raiz do filho, havendo causa necessaria, permittida pelo direito, sem dependencia de decreto do juiz: "*Secundum autem opinionem communem, pater legitimus administrator filii, ex causa justa, et necessaria, et a jure permissa, potest alienare bona immobilia filii minoris absque decreto judicis, et sine ejus auctoritate*" (n. 31).

SYLVA se apoia em OLEA, *De Cessione Jurium*, que no tit. II, Quaest. VI, n. 28, escreveu: "*Si vero filius in potestate sit, subdistinguendum est: an cessio ex justa causa, an vero sine justa causa fiat; si enini et legitima causa adsit, magis recepta et vera sententia est, posse parentem immobilia alienare sine decreto... Et transactionem a patre factam super adventitiis sine decreto validam esse... Necessaria vero et legitima causa non stante, non posset pater actionem ad immobilia cedere, nec immobilia alienare; et cessio, sive alienatio, sine decreto non subsistere*".

OLEA cita *Pinelus* (AYRES PINHEL), *que, Ad Constituiones Cod. de Bonis Maternis*, parte 3ª, n. 19 e seguintes, estuda a nossa questão; e, depois de examinal-a com o maximo rigor, chega á conclusão de que, em regra, havendo necessidade, o pai pôde alienar os bens do filho sob o seu poder, sem alludir á impetração do decreto judicial: "*Constat igitur ex praedictis regulariter interdici patri alienationem adventitiorum, excepta causa necessaria*".

GABRIEL PEREIRA DE CASTRO, (*Decisiones, decisio decima nona*, n. 3) também se ocupa com a nossa questão, ensinando que o pai, quando administrador dos bens dos filhos sob o patrio poder, póde alienar taes bens, desde que proceda sem fraude, e por justa causa: "*ergo cum patri commissa sit potestas administrandi bona filiorum, imo et illi liceat sine fraude ex causa legitima talia bona alienare. . . adeo ut, non data fraude consilio vel re, teneat alienatio*". Não exige a licença do juiz, desde que o pai proceda de boa fé, e por necessidade. Todavia, lembra que alguns jurisconsultos julgam mais seguro obter a licença do juiz: "*ubi securius tamen dicit quod adhibeatur judicis autoritas*". Fundado na lição de AYRES PINHEL, e na pratica lusitana, GABRIEL PEREIRA DE CASTRO doutrina que, havendo boa fé da parte do pai, e justa causa para a alienação, não é mister exigir o consentimento do filho, seja impubere ou pubere, porque, explica, os pais são os mais zelosos defensores dos bens dos filhos as pessoas que mais cuidam das coisas pertencentes aos seus filhos, a cujo patrimonio estão ligados o interesse e o prejuizo dos mesmos pais: "*remota fraude, quoe semper videtur abesse in patre, respectu filiorum, supervacaneus videtur filii juvenis consensus, tam in prima quam in adulta et maiori aetate, cum parentes de rebus filiorum magis solliciti sint, et illis majori cura invigilent, in quibus etiam eorum vertitur praejudicium, et ideo inutilis videtur filiorum consensus* (n. 4).

MENDES DE CASTRO, no *Tractatus de Bonis Liberatorum*, que se lê no fim da *Practica Lusitana*, parte segunda, de *bonis adventitii's*, n. 121, reproduz a *commum opinão* dos doutores, que distinguem muito accentuadamente a alienação de bens de orfams da alienação de bens de menores sob o patrio poder. Se é administrador dos bens do filho menor, diz MENDES DE CASTRO, o pai póde alienar esses bens sem dependencia sequer de decreto judicial, desde que proceda com justa causa: "*si administrator est, alienare poterit*". E logo adiante: "*potest enim ut pater etiam res immobiles sine decreto alienare*". Os proprios immoveis póde

alienar sem decreto do juiz. A razão é que ha grande differença entre o poder do pai e as faculdades do tutor: *"quia potestas patris major est re filii, quam tutoris, vel curatoris, in re minoris"*. Nem se deve presumir que o pai aliene temeraria, ou inconsideradamente, os bens do filho, porquanto, além da afeição paternal, elle tem interesses ligados aos bens do filho: *"Nec enim praesumendum est res filii patrem ita temere alienaturum, cum maxime praeter affectionem paternam commodum in re filii habeat"*.

LOBÃO começa notando que a Ord., liv. 1º, tit. 88, § 6º, parece prohibir ao pai toda especie de alienação dos bens adventicios do filho. Observa depois que a lei patria, de accôrdo com o direito romano, não póde ter esse sentido. Exceptúa quatro casos, em que ao pai é permittido alienar os bens do filho, inclusive os adventicios, sem necessidade sequer de decreto judicial: 1º—quando os bens adventicios do filho foram transmittidos a este, já gravados com dividas: 2º—quando se faz necessario pagar os legados com que o testador onerou o filho—herdeiro; 3º—quando ha urgente necessidade de alimentos para o proprio filho, ou para o pai; 4º—quando os bens são onerosos, de qualquer modo damnosos. Em todos esses quatro casos, procedendo o pai com boa fé, justa causa, sem dolo, ou fraude, com piedade paterna, são validas as alienações, sem dependência do decreto judicial. *Em todos os mais casos*, é indispensavel o decreto judicial (Notasa MELLO, vol. 2º, pags. 97 a 103).

BORGES CARNEIRO assignala a distincção entre vendas de bens de orfams e venda de bens de filhos sob o patrio poder, e affirma ser *opinião commum que o pai, legitimo administrador dos bens de raiz do filho menor, póde alienal-os, mesmo sem autoridade do juiz* (Direito Civil, tomo 3º, § 239, ns. 44 e 45).

COELHO DA ROCHA expõe a doutrina commum, a saber que o pai, para vender bens do filho sob o seu poder, precisa ser autorizado pelo

conselho de família (entre nós pelo juiz de orfams), e só deve alienar taes bens no caso de necessidade urgente, ou manifesta utilidade (*Direito Civil*, § 306).

LAFAYETTE julga necessário o consentimento do filho ou o decreto judicial, se o filho é menor, para o pai empenhar, hypothecar, ou alienar por qualquer titulo, o peculio adventicio do filho, salvo nos casos seguintes: a) para pagar dividas ou legados, de que viesse onerado o peculio; b) para prover á propria subsistência, ou á do filho, em falta de outros meios; c) quando os bens são de sua natureza susceptiveis de rapida deterioração; d) ou, sendo immoveis, não podem ser, por estereis, convenientemente aproveitados (*Direitos de Família*, § 116, C. III).

C. BEVILAQUA, baseado nas lições de LAFAYETTE e PEREIRA DE CARVALHO, tambem só requer a autorisacão do juizo para o pai alienar o peculio adventicio do filho sob seu poder, repetindo que a autorisacão é dispensavel em certos casos, já expostos por LOBAO, e aqui reproduzidos.

A doutrina ensinada pela torrente dos civilistas patrios nada mais é do que a lição de GODOFREDO (no *Corpus Juris*, DIONISII GOTHOFREDI), onde a nota n. 45 á Const. 8<sup>a</sup>, § 5<sup>o</sup>, *De bonis quae liberis in potestate*, diz: "*Mobilia et immobilia onerosa et damnosa parens sine solemnitate potest vendere*".

A regra de direito patrio, em summa, é que, excepto os quatro casos mencionados, em todos os mais é licito aos pais vender os bens do filho sob o patrio poder sem necessidade de hasta publica, sómente com licença do juiz, licença dispensada nos quatro casos alludidos.

## DIREITO CIVIL

### PODE REVOGAR-SE UM TESTAMENTO POR UMA ESCRIPTURA PUBLICA?

Por tres modos permittia a principio o direito romano que se revogasse um testamento: 1º) pela destruição voluntária do acto material em que estavam contidas as disposições testamentarias; 2º) pelo concellamento igualmente voluntário de todas as instituições; 3º) por um novo testamento (fr. 1º, *de injusto rupto, irrito facto testamento*, (fr. 1º, 3º, *de his quae in testamento delentur*, Inst. de Jus, § 3º, *quibus modis testamenta iufirmantur*, Maynz, *Cours de Droit Romain*, tom. 3º, § 304, Accarias, *Précis de Droit Romain*, tom. 1º, n. 341).

A esse tempo o direito romano não tolerava um acto—oral ou escripto—meramente revocatorio de um testamento.

A razão é que o testamento tinha o character augusto de uma lei, e uma lei só póde ser revogada por outra lei: *lex lege tollitur* (Troplong, *Donations et Testaments*, tom. 3º, pag. 540 e seguintes) *Nihil tam naturale* est quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est, dizia Ulpiano (fr. 35, *de regulis juris*).

Uma constituição de Honório e Theodosio (c. 6ª C. Th.) modificou profundamente o direito até então vigente: decorrido o prazo de dez annos depois de feito um testamento, reputava-se este revogado ou *rôto* (é o termo).

Finalmente, Justiniano estatuiu que, passados dez annos, o testador podia revogar seu testamento, ou por uma simples declaração oral em presença de tres testemunhas, ou por escripto,—*apud acta* (c. 27, *de testamentis et quemadmodum testamenta ordinantur*).

Consequentemente, no direito romano *actual* um testamento não se rompe unicamente pela destruição da cedula, ou pelo

cancellamento das instituições, ou por um novo testamento. Expirado o lapso de dez annos, (preceito absurdo que nenhuma legislação moderna perfilhou), póde revogar-se um testamento por uma declaração verbal diante de tres testemunhas, ou por uma declaração escripta (*apud acta*).

Em relação ao ponto que estudamos, os actuaes codigos das nações cultas dividem-se em duas grandes classes: em uma estão todos aquelles que só facultam a revogação de um testamento por outro testamento, em outra os que permittem u macto expresso, meramente revocatorio. Está subentendido que, tratando sómente da questão que nos preoccupa, fazemos abstracção neste momento de tudo quanto preceitúam esses codigos sobre a destruição, ou laceramento, da cédula, ou sobre a obliteração das disposições—outros tantos meios de revogar testamentos.

O cod. austriaco (art. 719), o hespanhol (artigo 738), o argentino (art. 3827), o da Luisiana (art. 1685) o de cantão de Zurich (art. 1042) e outros só permittem a revogação de um testamento por outro testamento, ou por um acto revestido de todas as formalidades essenciaes aos testamentos.

O cod. francez (art. 1.035), o italiano, art. 917, o portuguez, art. 1.755, o do cantão de Valais (art. 753), o de Neuchatel (art. 744), o direito inglez (Lehr, *Droit Civil Anglais*, n. 937, pag. 666) admittem expresamente a revogação de um testamento por um acto escripto sem as solennidades testamentárias.

O codigo italiano não se satisfaz com as formalidades ordinárias das declarações de vontade; mas, não prescreve as mesmas solennidades peculiares aos testamentos (C. Losana, *Le Successioni Testa-mentarie*, pag. 515).



Muito expresso é o código portuguez, quando estatúe que a revogação do testamento póde ser feita em outro testamento, ou por escriptura publica.

Não esqueçamos que o recente código allemão, alto monumento de saber jurídico, dispõe nos artigos 2254 e 2255 que um testamento se revoga por outro, ou pela destruição voluntária do titulo testamentario, ou quando o testador faz nesse titulo quaesquer *modificações pelas quaes é costume exprimir a vontade de revogar uma declaração escripta*.

Isto posto, os códigos citados da ultima classe não applicam á revogação dos testamentos o brocardo contido no fragmento já transcripto de Ulpiano. "Neste ponto, diz o Sr. Dias Ferreira, não se segue a máxima: *Res eodem modo dissolvi debent quo fuerunt colligatoe*, porque não é preciso exigir do testador tantas formalidades quando elle quer voltar á ordem legal da successão, como quando della quer desviar-se. ( *Cod. Civil Portuguez Annotado*, vol. 4º, pag. 169).

No direito pátrio não ha absolutamente disposição que permitta, ou prohiba, a revogação de um testamento por escriptura publica (Accordam do-Supremo Tribunal, de Portugal, de 2 de julho de 1872, publicado no *Diário do Governo*, n. 167).

A Ord., liv. 4º, tits. 80 e 84, guarda silencio a respeito deste assumpto.

Dahi o affirmarem alguns que o testamento só póde ser revogado por outro testamento, ao passo que entendem outros que uma escriptura publica com duas testemunhas é meio efficaz de revogar um testamento.

O sábio Mello Freire não se pronuncia positivamente sobre a questão. Depois de ensinar que um testamento se rompe por outro, feito com todas as solennidades legais, diz-nos que a simples revogação em presença de três testemunhas, decorridos dez annos, não infirma o testamento, por não estar em uso entre nós a Const. de Justiniano. E' evidente que Mello se refere á *revogação verbal*, que Justiniano permittiu após o lapso de dez annos, contados do dia em que foi feito testamento (<sup>1</sup>), e não da revogação, como suppõe Mello (*Inst. Jur. Civ. Lusit*, liv. 3<sup>ta</sup> tit. 5<sup>o</sup>, § 49).

Lobão sustenta galhardamente o pró e o contra.

E' este um dos pontos em que o assombrosamente erudito causidico beirão de tal modo se contradiz na sua chilra algaravia transmontana, que bem justifica a hyperbole candente com que o espirito methodico e lucidamente systematisador de Alexandre Herculano estigmatizou essa "pilha de volumes refertos de erudições gravíssimas, pesadíssimas, pendantíssimas, onde o pró e o contra das opiniões dos jurisconsultos se acham accumulados por tal arte, que a leitura dessas dezenas de in quartos é o meio mais seguro de se não saber qual é o verdadeiro direito na maior parte das matérias juridicas."

Nas "Notas a Mello" escreve Almeida e Souza: "subsiste o testamento, ainda que o testador perante sete testemunhas diga que não quer que valha a sua disposição ou testamento, menos que ou não faça outro, ou passem dez annos (*aliter de usu hodierno*, Stryk. Us mod., L. 28, T. 3, § 7) depois do assim revogado testamento (e não do dia dessa declaração.)" Affirma-se, pois, nesse trecho que só por outro testamento póde revogar-se um testamento (vol. 3.<sup>o</sup>, pag. 287, edição de 1883).

---

<sup>1</sup> Mayns, loco citato.

Entretanto, nas "Segundas Linhas" (vol. 3.º pag. 166, edição de 1868), depois de firmar o principio de que "toda a matéria da revogação do testamento se funda na verosímil vontade do testador, não só expressa, mas ainda tacita por conjecturas e indícios", disse Lobão: "Nem ainda basta que um testador diga simplesmente perante sete testemunhas que quer que não valha um testamento, que não abre nem rasga, e conserva intacto, para só por isso se subentender revogado, *se juntamente não accrescenta (e assim se prove) que não quer que valha, porque quer morrer ab-intestato.*" Parece claro que, feita essa declaração de que o testador quer morrer intestado, está revogado o testamento, posto que não seja feito outro testamento.

C. Telles e Coelho da Rocha são categóricos: para ambos uma escriptura publica com duas testemunhas é meio efficaz de revogar um testamento. Eis as palavras do sábio autor do "Digesto Portuguez": "Também se pode revogar qualquer testamento, fazendo o testador escriptura em Notas, em que declare revogar o testamento feito, sendo a escriptura assignada pelo testador, e por duas testemunhas além do tabellião (vol. 3º, n. 1.883)." C. da Rocha não é menos explicito: o testador póde até á sua morte revogar o seu testamento por meio de outro testamento posterior, valido e legal, ou "por acto solemne feito por tabellião, e assignado pelo mesmo testador e duas testemunhas (*Direito Civil*, vol. 2º, §724)."

Liz Teixeira (que não tem a autoridade de nenhum dos dois jurisconsultos acima citados) também opina que "póde qualquer revogar, ou romper, o testamento por declaração tomada por tabellião, sendo a escriptura assignada, além deste, pel o testador e mais duas testemunhas (*Curso de Direito Civil*, vol. 2.º, pag. 345)."

Teixeira de Freitas (nota ao art. 1.142 da *Consolid.*) ensina que um testamento se revoga por outro valido posterior, ou por agnação

do posthumo. Nas notas ao § 113, 2º, do *Tratado dos Testam.*, de Gouvêa Pinto, reproduz a citada nota da *Consolidação*, e transcreve igualmente os paragraphos em que se contém a doutrina de C. Telles e C. da Rocha, sem commentarios ou observações de espécie alguma.

Fallece-nos o subsidio da jurisprudência pátria sobre a questão. Pelo menos, não nos foi possível descobrir casos julgados, que manifestassem uma corrente determinada de doutrina.

Poderíamos appellar, o que já fizemos em parte, para a opinião commum dos doutores, que a Ord., liv. 3.º, tit. 64, § 1.º, manda observar na falta de leis pátrias, costumes e estylos, — Ord. que não foi derogada neste ponto, nem pela lei de 18 de agosto de 1769, nem pelo alvará de 28 de agosto de 1772, que proscreveram apenas as opiniões de Accursio, Bartholo e Irnerio (*Código Philippino* por Cândido Mendes, notas ao § citado, pags. 664 e 665).

Mas, ainda ahi pouco seria dado respigar, cumprindo ponderar sómente que os jurisconsultos posteriores a Mello e Lobão, que trataram expressamente da questão, que nos preoccupa, sustentaram a revogabilidade de um testamento por uma escri- ptura publica, como já mostrámos.

Aquelles que opinam pela inefficacia da e escriptura, partem da errónea supposição de que em direito romano um testamento só se revoga por outro. Assim foi no antigo direito. No direito justiniano, porém, bastavam três testemunhas, ou um escripto — *apud acta* para a revogação do testamento.

Ora, se no próprio direito romano, quando o testamento foi perdendo o character de lei, não mais se respeitou o principio formulado

por Ulpiano no já citado fragmento — *"nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere quo colliyat est,"* — como pretender que vigore esse princípio no direito pátrio, em que pela lei de 25 de junho de 1766, e especialmente pela de 9 de setembro de 1769, declarou o legislador preferir a sucessão legítima, por ser mais conforme á razão natural? Note-se que no preambulo da citada lei de 9 de setembro foi expressamente declarado que o espirito da nossa legislação em matéria de sucessão é *diametralmente* oposto ao da legislação romana, na qual o princípio dominante era o consagrado *na lei das XII Taboas: uti legassit super pecunia tutelave sùce rei, ita jus esto*, dando-se, pois, preferencia em direito romano á sucessão testamentária. Note-se mais que o decreto de 17 de julho de 1778, que suspendeu em parte a lei de 9 de setembro, a conservou em pleno vigor no que concerne ao assumpto que nos preoccupa.

Por outro lado, como ensina Mello (liv. 3.º, tit. 5.º, § 50), reputa-se vigente o direito romano na parte em que permittia o rompimento do um testamento pela laceração da cédula testamentária, ou pela obliteração das disposições (fr. 20, *de injusto rupto, irrito, facto testamento*, fr. 1.º, *de his quae in testamento delentur*). Essa doutrina romana, observa com razão Trigo de Loureiro, é summamente incerta e arriscada, sendo muito mais segura a do cod. civ. francez e das outras legislações que citámos, as quaes admittem a revogação por uma escriptura publica (*Inst. de Dir. Civ. Brazil*, § 379).

Se o testador consulto, diz Lobão, cancellou, obliterou, rasurou seu testamento, ou riscou a sua subscrição e a das testemunhas, julga-se o testamento revogado no todo (*Segundas Linhas, Dissert.*, vol. 3º, pag. 177 da edição de 1868). Ora, é intolerável puerilidade permittir a revogação por esse modo, e vedal-a por escriptura publica.

Demais, obrigar o testador a fazer novo testamento, para revogar um anteriormente feito, póde ser muitas vezes um grave constrangimento. E' possível que tenha motivos reservados para não fazer novo testamento, para nutrir a vontade de morrer intestado. Se o testamento é cerrado ou mystico, ou aberto por escripto particular, e perdeu-se, ou foi subtrahido, como revogal-o *meramente*, a não ser pelo meio que nos parece acceitavel?

No direito pátrio mais do que em qualquer outra legislação, tem cabimento o preceito enunciado pelo Sr. Dias Ferreira: não é preciso exigir do testador tantas formalidades, quando elle quer voltar á ordem legal da suecessão, como quando d'ella quer desviar-se.

A suecessão legitima é da índole do nosso direito.

Por todas essas razões abraçamos a opinião de C. Telles e C. Rocha: um testamento póde ser revogado por uma escriptura publica.

Bem sabemos que não faltam juristas, que irreflectidamente reproduzem a opinião contraria como doutrina incontroversa. Assim procedendo, elles fazem como as andorinhas de que nos fala Alexandre Caetano Gomes no seu *Manuel Pratico, Judicial, Civil e Criminal*, as quaes, quando uma vôa, voam todas.

## **DIREITO CIVIL**

### **E' TRANSMISSÍVEL «CAUSA-MORTIS» A «SPES DEBITUM IRI» DO FIDEICOMMISSARIO NAS SUBSTITUIÇÕES CONDICIONAES ?**

Dentro do quadro vastíssimo da árdua matetéria do fideicommisso, é difficil estudar qualquer das numerosas questões debatidas pela jurisprudencia pátria, se quizermos circumscrever o campo

de investigação precisamente ao problema jurídico que se trata de resolver, abstrahindo de todas as controvérsias que se lhe prendem, e cuja elucidação é muitas vezes necessária para solvermos a que nos preocupa.

Assim é que, para respondermos de modo completo á pergunta contida na epigraphé que encima este artigo, fora mister remontarmos a princípios e regras do direito romano e do direito pátrio, que não cabem no espaço e no tempo de que dispomos.

Este ligeiro trabalho presuppõe, pois, estudadas as noções-geraes e a terminologia do instituto jurídico do fideicommisso (<sup>1</sup>).

E' nosso intuito expor exclusiva e succintamente as regras a que está immediatamente subordinada a questão que estudamos, e em seguida a lição, que bem se poderia dizer unanime, dos jurisconsultos pátrios, portuguezes e brasileiros.

Fiel ao programma traçado, não ventilaremos a questão de saber se a clausula *cum morietur*, que os jurisconsultos romanos reputavam uma condição (<sup>2</sup>), é *condição* ou *termo* em face dos princípios acceitos pelos interpretes do direito civil pátrio. E' esse um ponto já criteriosamente tratado e esclarecido no *Direito*, vol. 46, pag. 513.

Suppomos que se trata de um fideicommisso condicional. Para maior claresa figuremos que o testador adjectivou ao fideicommisso a condição *si sine liberis*. Vivo ainda o fiduciário, e não se tendo consequentemente verificado a condição do fallecimenfo do mesmo sem

---

<sup>1</sup> Essas noções e terminalogia podem ler-se no *Direito*, vol. 9, pág. 9 a 22,228, a 238, e 641 a 658.

<sup>2</sup> Dig., frs. 75 a 79, de conditionibus et demonstationibus.

deixar filhos, morre o fideicommissario. Transmite a seus herdeiros a *spes debitum iri*? Eis a questão.

Em direito romano, ninguém discute, o fidei-commissario na hypothese figurada nada trans-mittia a seus herdeiros <sup>(3)</sup>.

Clara e terminante era a dupla regra que dominava a matéria: nos contratos condicionaes transmit-tia-se a *spes debitum iri*; nas disposições testamentárias condicionaes, porém, não <sup>(4)</sup>. Assim que, se Caio contratava dar a Mevio 20 sestercios, quando Ticio fosse cônsul, Mevio transmittia a seus herdeiros o direito de receber a somma estipulada, uma vez verificada a condição.

Qual a razão dessa diferença entre os contratos condicionaes e as disposições testamentárias condicionaes? Mello Freire <sup>(5)</sup> e Lobão <sup>(6)</sup> nol-a ensinam. Em primeiro lugar, entendiam os romanos que as estipulações adquirem vigor desde o presente (*ex praesenti vires accipunt*), ao passo que as disposições de ultima vontade permanecem suspensas (*actus autem morientium suspenduntur*) até á epocha da morte. Em segundo lugar, acreditavam que quem estipula, o faz para si e para seus herdeiros, e que o testador, pelo contrario, só tem o intuito de beneficiar o fideicommissario, e não os herdeiros deste.

Isto posto, importa indagar se esses fundamentos da dupla regra estabelecida pelos romanos se conformam com a *boa rasão*, ou exprimem alguma das *subtilezas* ou *preconceitos* condemnados pela lei de 18 de agosto de 1769. Ora, como ensina Mello com profundo critério e admirável concisão <sup>(7)</sup>, o primeiro fundamento é o resultado de uma

---

<sup>3</sup> Dig., fr.4 quando dies legatorum.

<sup>4</sup> Instit. De Jus., de verborum obligationibus, § 4. Dig., fr. 57 de verborum obligat., e fr. 5, § 2º, quando dies legatorum.

<sup>5</sup> Inst. Júris Civis. Lusit., liv.3º., tit. 6, §13, e tit. 7º§ 15.

<sup>6</sup> Notas a Mello, vol.3º. pág 320 da edição de 1883, onde reproduz a sabia critica de Yaraba.

<sup>7</sup> Loco citato,



imperdoável confusão.. Os actos de ultima vontade suspendem-se até á epocha da morte, *mas da morte do testador, e não do fiduciário*. Verificada a morte do *testador*, esses actos adquirem força, e desde então começam a *ser devidos (deberi incipiunt)* os legados puros ou incondicionaes. Quanto aos legados subordinados a condições, uma vez verificada a morte do *testador*, forma-se para o fideicommissario a *spes debitum iri*, isto é, um direito futuro, contingente ou hypothetico, perfeitamente equiparável a *spes debitum iri* que decorre dos contratos condicionaes.

Assim, dada a morte do testador, nada explica a differença que os romanos estabeleceram entre os contratos condicionaes e as disposições testamentárias condicionaes.

"Os actos de ultima vontade permanecem inertes até á morte." Se com a reproducção da conhecida regra se quer illudir á morte do testador, ninguém alimenta duvidas a respeito. Quando se indaga se o fidei commissario transmite a seus herdeiros o seu direito futuro, contingente ou hypothetico, está claramente subentendido que se trata da hypothese de já ter fallecido o testador. Se o fideicommissario fallece antes da morte do testador, nenhum direito transmite, nem sobre este ponto ha controvérsia.

Vê-se, pois, que a doutrina romana fez uma extranha e imperdoável confusão entre a morte do testador e a morte do fiduciário.

O segundo fundamento é, não uma *subtileza*, mas uma puerilidade. Quem contrata, diziam os romanos, o faz para si e para seus herdeiros, ao passo que o testador, quando institue um fideicommisso, tem em mente favorecer unicamente o fideicommissario, e não os herdeiros deste.

A refutação de Yaraba, reproduzida por Lobão, é esmagadora. No fideicomisso o testador manifesta a intenção de beneficiar a duas entidades: o fiduciário, a quem confere direitos comparáveis aos do méro usufrutuário, e o fideicommissario a quem transfere direitos comparáveis aos do nú — proprietário. E' claro, pois, que o testador não teve intenção de beneficiar os herdeiros do fiduciário; antes expressamente os excluiu. Por outro lado, legando ao fideicommissario uma propriedade illimitada, é evidente que não cogitou de excluir desse beneficio os herdeiros do fideicommissario; antes manifestamente quiz favorecel-os.

A vontade do testador bem pôde ter sido determinada pelos meritos pessoas do fideicommissario. O que se segue dahi, é que a vontade do testador se dirigiu, *mediante os méritos do fideicommissario*, a favorecel-o e os herdeiros do mesmo.

Quanto á acção que decorre da *spes debitum iri*, tanto nos contratos condicionaes como nas disposições testamentárias condicionaes, permanece suspensa até ao advento da condição.

Nenhuma razão ha, pois, de ordem jurídica, moral, económica ou philosophica, que autorise a distincção, feita arbitrariamente pelos romanos, entre o direito futuro e hypothetico do que estipula e o do fideicommissario.

E, se o fundamento do preceito romano que veda a transmissão dos direitos do fideicommissario a seus herdeiros não é conforme á *boa razão*, é lógico repellirmos esse preceito.

Resta-nos averiguar se a doutrina exposta tem por si as autoridades do direito civil pátrio.

Os que apenas estudam superficialmente esta these, tão controvertida pela magistratura patria, acreditam que Mello Freire é o

único jurisconsulto autorizado que sustenta a transmissibilidade da *spes debitum iri* do fideicommissario a seus herdeiros, accrescentando alguns que Coelho da Rocha se limitou a reproduzir sem reflexão a doutrina de Mello. Nenhuma suposição mais erronea e infundada.

Já muito tempo antes de Mello, em pleno século XVI, o sábio e profundo Valasco, depois de resumir a opinião dos glosadores, que negavam a transmissibilidade da *spes debitum iri*, na hypothese de que cogitamos, havia observado: "*Illa enim doctrina gloss, limitatur singulariter, nisi colligatur voluntas testatoris in contrarium*", accrescentando logo em seguida — *hanc limitationem communiter recipi* <sup>(8)</sup>.

Lobão, que nas *notas* ao liv. 3º, tit. 60, § 13 e tit 7º, § 15 das Inst. de Mello Freire, a principio vacilla, termina por aceitar a lição de Valasco, e aconselha aos juizes que estudem as *conjecturas favoraveis á transmissão*, as quaes os ajudam muito a decidir a favor delia.

C. Telles, no vol. 1º do "*Digesto Fort.*", ns. 58 a 62, firma princípios que parecem contrariar a doutrina da transmissibilidade; mas, no vol. 3º, n. 1629, terminantemente affirma que ao herdeiro instituído em primeiro grão, ou fiduciario, *quadram os direitos e obrigações de um usufructuario*.

C. da Rocha (§ 700) é categórico: na herança,, ou legado, deixado debaixo de condição suspensiva o herdeiro, ou o legatário, adquire logo desde a morte do testador o direito ao legado, ou herança, o qual elle transmite a seus herdeiros, *ainda que morra antes de verificada a condição*.

Cândido Mendes (Cod. Philipino, pags. 926 a 927) em três passagens diversas ensina que o fiduciario é equiparado a um

---

<sup>8</sup> Consult. 271, n. 9.

usufrutuário, e que o fideicomissário transmite seus direitos aos herdeiros.

Tão corrente pareceu a Trigo de Loureiro essa lição dos juristas pátrios, que no § 416, de suas *Instituições de Direito Civil Brasileiro* elle a reproduz como doutrina não controvertida. A opinião contrária, em seus entender, não passa de uma das subtilezas do direito romano, reprovadas pela lei de 9 de setembro de 1769, a qual, posto que suspensa pelo decreto de 17 de julho de 1778, deve reputar-se em vigor nesta parte, em face dos princípios estatuídos pela lei de 18 de agosto de 1769 (§371 da obra citada).

Se dos mortos quizermos passar aos vivos, ainda havemos de vêr que os mais notáveis e autorizados representantes da sciencia jurídica em nosso paiz também esposam a opinião que abraçamos. Entre esses podemos citar os Conselheiros Lafayette, Mafra, Silva Costa e Franco de Sá, e o Dr. Souza Ribeiro (<sup>9</sup>).

E' verdade que os que pensam de modo contrario procuram arrimar-se em Liz Teixeira e Teixeira de Freitas. Mas, Liz Teixeira, vulgarizador sem critica de doutrinas mal assimiladas, é sabido que nunca foi autoridade em Portugal, nem no Brasil. No próprio trecho em que trata desse assumpto ("*Curso de Dir. Civ*", vol. 2º, pag. 461 da terceira edição) vemos uma prova da irreflexão com que elle solve as mais graves questões: affirma a intransmissibilidade, citando apenas dois textos de direito romano, que não critica.

Resta-nos, pois, somente Teixeira de Freitas.

---

<sup>9</sup> *Gazeta Jurídica*, de S. Paulo,, vol. 12. pags. 5 a 15.

Ninguém mais de que o obscuro autor destas linhas respeita e venera a memória de Teixeira de Freitas, de quem com razão pôde dizer o Conselheiro Ferreira Vianna que em meio da planície monotona e triste da jurisprudencia patria, "*era o mais alto cume, perto do céu e bem longe da terra*".

Mas, forçoso é apurar que valor tem a opinião de Peixeira de Freitas. Para isso fôra bastante remetter o leitor a um dos trabalhos mais interessantes que entre nós se têm escripto sobre esta matéria — "*Um fideicommisso moderno e cinco accordams*" , do Dr. Figueira de Mello <sup>(10)</sup>. Ahi se verá provado que T. de Freitas, quando no gozo da plenitude de suas faculdades mentaes, nenhuma opinião sustentou positivamente sobre o ponto de que nos oc-cupamos. E' assim que nas edições da "*Consolidação das Leis Civis*" de 1857 e 1862 nada escreveu sobre a transmissibilidade da *spes debitum iri*. Foi na edição de 1876, e quando o eminente jurisconsulto já começava a soffrer de grave enfermidade mental, que appareceu a celebre nota ao artigo 420, na- qual T. de Freitas chegou a affirmar que o fideicommissario tem uma *esperança theologal, intransmissivel*!

Cumpre não esquecer que em nota ao artigo 1052 da mesma edição o autor affirma que o fiduciário é um *simples mandatario, um intermediario, para não dizer pontífice*.

Comparar o *direito* do fideicommissario a uma *das virtudes theologaes* !...

Parece-nos que, em face dos princípios e das lições dos mestres mais autorisados do direito civil patrio, não é erróneo affirmar que é transmissível *causa mortis a spes debitum iri* do fideicommissario nas substituições condicionaes.

---

<sup>10</sup> <<Direito>>, vol. 46, pág. 513.

## DIREITO CIVIL

### CREDOR POR BEMFEITORIAS

E' credor privilegiado, e prefere ao credor hypothecario, quem faz bemfeitorias em prédio alheio, que está em poder do dono ?

I. — Nada mais *commum* do que a *collisão* de direitos entre o credor por bemfeitorias e o credor hypothecario. No Estado de S. Paulo são frequentissimas as questões entre os credores hypothecarios eos empreiteiros, que plantam cafezaes em prédio rústico alheio.

Devem ser preferidos taes empreiteiros, ou os credores por bemfeitorias em geral, aos credores hypothecarios ? Caso não prefiram aos credores hypothecarios, têm elles qualquer prelação em face dos credores chirographarios ?

II. — Desde o direito romano até hoje a matéria dos *privilégios* é uma das mais erichadas de difficuldades e mais obscuras do direito civil. <sup>(1)</sup> Tão graves são essas difficuldades que, segundo nos conta PLANIOL, muitos professores, dentre os mais provecos, se abstêm systematicamente de interrogar os alumnos sobre o *assumpto*. <sup>(2)</sup>

III. — Em Roma o *privilegio* era um *direito méramente pessoal*. Não se confunde o *privilegium exigendi, simplex seu personale*, ou *privilegium creditorum*, com as hypothecas privilegiadas. <sup>(3)</sup>.

Havia três meios de garantir legalmente a pre-lação: a) a *hypotheca privilegiada* — hypotheca ligada a um privilegio, que tinha a efficacia de collocar o seu titular no mais elevado gráo, em concurrencia com outros credores; b) a *hypotheca simples* — inferior á primeira e superior ao privilegio; c) o *privilegio* propriamente dito, *privilegium*

---

1 TROPLONG-Des Priviléges et Hypothèques, vol. 1º n. 17, Paris, 1854.

2 Traité de Droit Civil, tomo 2], da nota 1ª, ao n. 2543, Paris, 1900.

3 GLUCK-Commentario alle Pandette, livro XX, § 1.086, trad.italiana, Milão, 1895.

*exigendi — que apenas preferia aos credores chirographaros. Tratando desta classe de credores, escreveu CUJACIO: "Namque eos excludunt hypothecarii creditares optima ratione, quia habent actionem hypothecariam, quae est actio in rem, in quam plus cautionis est quam in personam" (4).*

No direito romano, pois, os credores hypothecarios excluem (*excludunt*) os privilegiados.

Um só privilegio, por excepção, preferia a todos os outros, não só por considerações de utilidade publica, como por motivos humanitários muito respeitáveis, o privilegio das *despesas* funerárias: *impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quae etiam omne creditum solet praecedere, cum bona solvendo non sint.* (fr. 45, de *religiosis et SUMPTIBUS FUNERIS*). —

Quem emprestava dinheiro *para o fim expresso* de reconstruir um edificio arruinado, tinha por esse facto um credito garantido com uma *hypotheca legal especial* : "*senatusconsulto quod sub Marco imperatore factum est, pignus insulae creditori datum qui pecuniam ob restitutionem aedificii extruendi mutuam dedit ad eum quoque pertinebit qui redemptori, domino mandante, nummos ministravit*" (fr. 1, in *quibus causis pignus, vel hypotheca tacite contrahitur*). Qualquer que fosse a construcção feita em Roma, ou em qualquer outra cidade do império, ao mutuante nas condições mencionadas sempre se concedia a *hypotheca legal especial*: *hoc senatusconsultum non tantum ad urbem, sed et ad alias civitates pertinet* (fr. 41, § 6º, de *legatis, liber primus*); *hoc senatusconsultum non tantum ad aedes, sed et balinea, vel aliud quod aedificium, vel porticus, sive aedibus, vel tabernas, vel popinas extenditur* (o mesmo fr. § 8o).

---

4 —Recit. Solemn, Const. —Qui potiores in pignore.

GLUCK <sup>(5)</sup>, parece que com bom fundamento, repelle a opinião da LAUTERBACH, PUFENDORFF, e muitos outros interpretes do direito romano, que estendem a *hypotheca* legal especial ao credito dos que fornecem madeira, pedra e outros materiaes, para a reconstrucção dos prédios: a lei só allude ao mutuo cujo objecto é o dinheiro.

Como se vê, em *hypothese* que se approxima da nossa, o direito romano garante o credor com uma *hypotheca privilegiada*, e não com um simples *privilegio*, que apenas daria preferencia diante dos créditos simples ou *chirographarios*, e nenhuma prelação conferiria diante dos créditos *hypothecarios*.

IV. — Alguns codigos modernos admitem o privilegio do credor por bemfeitorias, dando-lhe preferencia aos creditos *hypothecarios*.

Tal é a disposição do Código Civil Francez, que depois de definir o privilegio no art. 2.095, dizendo que é o direito, conferido pela qualidade do credito, a um credor, de ser preferido aos outros credores, *inclusive os hypothecarios*, no art. 2.103, n. 4, estatúe o privilegio dos *architectos*, *empreiteiros*, *pedreiros* e outros operários, empregados em edificar, reconstruir, ou reparar prédios, canaes, ou outras obras de qualquer espécie. Reproduzamos todo o preceito do Código Civil Francez: "*Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont, ... D Lés architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers, employés pour edifier, reconstruire, ou réparer des batiments, canaux, ou autres ouvrages que conques, pourvu néanmoins (atenção!) que, par un expert nommé d'office par le tribunal de premiere instance dans le ressort du quel les batiments sont situés, il ait été dressé préalablement un proces verbal, a l'effet de constater l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire déclarera avoir dessein de faire, et que les ouvrages aient été,*

---

<sup>5</sup> Commentario alle Pandette (logar citado)



*dans les six mois au plus de leur perfection, reçus par un expert également nommé d'office".*

O artigo transcripto confere expressamente um privilegio, que prevalece sobre as hypothecas (<sup>6</sup>), *comtanto que seja inscripto no registro Publico das hypothecas (art. 2106 do Cod. Napoleão)*. Faz-se mesmo uma dupla inscrição, a inscrição do auto da vistoria que a lei exige antes de feitas as obras, e a inscrição do auto de vistoria que a lei exige depois de concluídas as obras (<sup>7</sup>). Temos neste privilegio um verdadeiro direito real, sujeito á formalidade da inscrição no registro de hypothecas, temos uma *hypotheca tacita*, diferente das outras só por ser privilegiada (<sup>8</sup>). O privilegio immobiliario do direito francez é, repetimos, *um direito real, uma hypotheca privilegiada*.

Não se confunde o privilegio exposto, que é o privilegio dos empreiteiros que fazem obras em predio alheio mediante contrato com o proprietário do prédio (<sup>9</sup>), com o direito que tem o *terceiro detentor*, em virtude do art. 2.175 do mesmo Código de Napoleão, de repetir as bemfeitorias feitas em *predio hypothecado* até á concurrencia do augmento de valor dado ao predio pelas obras. Quanto á natureza deste ultimo direito, profunda é a divergência entre os melhores interpretes do direito francez, como se póde vêr em DALLOZ, (*Répertoire. Verbis – Privileges et Hypotheques, ns. 1.947 e seguintes*), em LAURENT, (*Droit Civil, vol. 31, n. 309*), e em TROPLONG, (*Privileges et Hypo-theques, vol. 3, n. 836 e seguintes*). Entendem alguns que o credor por bemfeitorias tem *direito de retenção*, até ser pago do valor das necessárias, e do augmento de valor adquirido pelo prédio, em se tratando das uteis; pensam outros que o credor tem *um privilegio, uma preferencia*, e dizem que o art. 2.175 foi

---

<sup>6</sup> LAURENT-Principes de Droit Civil Français, vol. 29, n. 282.

<sup>7</sup> LAURENT-Obra citada, vol. 30, n. 106.

<sup>8</sup> LAURENT-Obra citada, vol. 29, n. 314, TROPLONG-Obra citada, vol.1º n.27, PLANIOL-Obra citada, tomo 2º, n. 3.148.

<sup>9</sup> LAURENT-Op. cit., vol. 30, n. 44.

incluído no Código para esse fim; finalmente, não faltam commentadores que negam a retenção e o privilegio, affirmando que o credor por bemfeitorias tem neste caso um *credito pessoal simples* <sup>(10)</sup>. Seja qual fôr a opinião adoptada, diversa é a hypothese em que *um terceiro detentor* (note-se bem — *terceiro detentor, sem contrato com o proprietário*) faz bemfeitorias em prédio alheio, da em que um empreiteiro faz obras, *mediante um contrato com o dono, em prédio alheio na Posse do respectivo proprietário*, ou planta cafesaes em immovel de outrem, sendo esta sub-especie, tão commum entre nós, a que nos ímpelliu a este estudo.

Os que opinam a favor do direito de retenção , na hypothese do *terceiro detentor* que faz bemfeitorias em prédio alheio, baseiam-se no fr.29, § 2º de *pignoribus et hypothecis*, que diz assim: *“domus pignori data exusta este, eamque aream emit Lucis Titius et extruxit: quaesitum est, de jure pignoris? Paulus respondit, pignoris persecutionem perseverare: et ideo jus soli superficiem secutam videri, ed est, cum jure pignoris: sed bonum fide posssores nom aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumptus in extruccionem erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent”*. Como se vê a lei reproduzida allude a aos *possuidores de boa fé*, caso muito diverso do nosso, em que o autor das bemfeitorias não possui o predio alheio, e faz as obras mediante contrato de locação com o proprietário.

Ainda differente das duas hypotheses dos arts. 2.103, n. 4, e 2.175, do Código Napoleão, é a hypothese regida pelo art. 555 do dito Cód., assim redigido: *“Lorsque les plantations, constructions et ourvrages, ont été faits par um tiers a les enlever”*. Aqui se cogita do possuidor em

---

<sup>10</sup> Há até jurisconsultos, que são de aprezer que o *terceiro detentor* neste caso tem o diretir de propriedade, é um verdadeiro proprietário das obras feitas, das bemfeitorias (DALLOZ – n. 1949 *Verbis – Priv. Et hyp*).

A jurisprudencia francesa tem egalmente variado de modo extraordinário: <<la jurisprundece n'est qu'incertitude et confusion em cette matiére; ce qui y domine, c'este l'absence de tout principe>> (LAURENTE – Op. Cit., vol. 3º, n. 46)

face do proprietário reivindicante. Se o possuidor está de boa fé, o proprietário reivindicante não pôde obrigar-o a destruir as construções e plantações; cabe-lhe apenas o direito de escolher, e pagar o valor das bemfeitorias, ou o aumento do valor dado ao prédio. Se o possuidor está de má fé, o proprietário pode obrigar-o a levantar ou destruir, as bemfeitorias, ou, se prefere, conservá-las, e pagar as despesas feitas.

DALLOZ refere um julgado, no qual decidiu que o direito conferido pelo art. 555 do Código Napoleão é um direito de propriedade, *"et même a l'égard des créanciers inscrits sur l'immeuble"*, mas, acrescenta logo que em caso nenhum esse direito pôde ser exercido contra o terceiro que adquire o prédio, mas exclusivamente contra o dono do imóvel: *"contre celui a qui le terrain appartenmt lors des constructions"* <sup>(11)</sup>. Isto basta para patentear que a hipótese do art. 555 do Código Napoleão está muito distante da nossa.

A disposição do Código Civil Francez que nos interessa é a do art. 2.103, n. 4. Por essa disposição, os credores por bemfeitorias são investidos de um direito real, inscripto no registro de hypothecas, têm uma hypotheca privilegiada.

O Código Civil Italiano fez uma inovação importantíssima: negou qualquer privilegio aos que fazem obras em prédio alheio. Não se vê em todo o código uma só disposição analoga á do art. 2.103, n. 4, do Código Francez. No seu *Manuale di Diritto Civile Italiano* (vol. 2º, ni 1781) SCOTTI afirma que *fu negata accoglienza al privilegio dell' architetto*, depois de tecer encomios ao legislador italiano, por haver suprimido os principaes privilegios sobre imóveis, reduzindo outros a hypothecas legaes (n. 1.781).

---

<sup>11</sup> *Repertoire-Veb. Propriété*, n. 432.

O Código Civil Espanhol só dá preferência aos credores de bemfeitorias, *quando transcriptas no registro da propriedade* (art. 1.923, n. 1).

O Código Civil Portuguez consagra o privilegio do credor por bemfeitorias *necessárias*; mas, limita o privilegio *á quinta Parte do valor do pedio*. O art. 887, n. 2, diz assim: "São créditos privilegiados sobre os immoveis do devedor, ainda quando estes se achem onerados com hypotheca, os créditos provenientes de despesas feitas nos últimos três annos, para a conservação dos prédios, com relação áquelles a que essas despesas forem applicadas, não excedendo a quinta parte do valor dos mesmos prédios". A limitação do privilegio á quinta parte do valor do prédio exclusivamente é uma garantia para o credor hypothecario, o qual, ao fazer o seu contrato de mutuo, já sabia que a quinta parte do valor do prédio estava sujeita a ser distrahida do pagamento da divida hypothecaria e applicada ao pagamento do credor por bemfeitorias *necessárias*.

O Código Civil Allemão, no art. 64.8, concede ao empreiteiro que constrói em terreno alheio, ou faz obras parciaes no edificio de outrem, uma *hypotheca abstracta, que se inscreve no registro publico*.

Na Inglaterra não ha privilegio algum que favoreça o empreiteiro. Eis como um dos melhores expositores do direito inglez, GLASSON, na sua grande obra — *Histoire du Droit et des Institutions Politiques, Civiles et Judiciares, de l'Angleterre* resume o direito desse paiz no que concerne ao nosso assumpto: "*Il n'existe aucun privilege particulier en faveur de celui qui a prêté de l'argent pour construire, reparer, ou acheter un batiment*" (vol. 6º § 297).

Em nenhuma das legislações citadas é dado ao empreiteiro, ou ao que faz bemfeitorias em predio alheio, mediante contrato com o

dono, um privilegio, que sem inscripção, sem publicidade, prevaleça contra as hvpothecas.

O Código Civil Portuguez, dispensando a inscripção do privilegio do autor dai bemfeitorias *necessarias*, evita surpresas prejudiciaes ao credor hvpothecario, pela fixação do *maximum* (a quinta parte do valor do prédio) além do qual o credor privilegiado perde a sua prelação em face dos credores hvpothecarios. De resto, o art 976 do mesmo-Código permite o "registro provisório de hvpothecas, estipuladas para o pagamento de despesas de construcção, reparo ou melhoramento de edificios", de arroteamento, plantação, enxugo ou esgotamento de prédios rústicos, com tanto que se especifiquem os immoveis a que taes despesas hão de ser applicadas, a importância dellas, e o prazo estabelecido para o cumprimento do contrato". Fóra das hvpotheses dos arts. 887 e 976 o autor de bemfeitorias uteis, nos termos do art 891, n. 2, tem um credito meramente pessoal. <sup>(12)</sup>

VI. — No direito pátrio a lei de 20 de junho de 1774 conferia expressamente um *privilegio*, a preferencia, aos credores que concorriam com dinheiro ou materiaes para a construcção, reedificação ou reparação, em terreno alheio, bem como para se reduzir á cultura qualquer terra inculta. Depois de no § 31 firmar como "primeira regra decisiva no concurso das preferencias, a prioridade das hvpothecas, ou ellas sejam geraes, tácitas ou especiaes, sendo centrahidas por escripturas publicas", a citada lei de 20 de junho de 1774 estatúe o seguinte nos §§ 34 e 36:

"Exceptuo da regra geral, que acima deixo estabelecida: em primeiro lugar o credor, que concorreu com os materiaes, ou o dinheiro, para a reedificação, reparação ou construcção de edificios, para que, a respeito das bemfeitorias, seja nellas primeiro graduado, que outro

---

<sup>12</sup> LAFAYETTE – *Directos das Cousas*, vol. 2º, §183, nota 6ª, pág 77.

qualquer credor, a quem o solo, ou edifício antigo, tenha sido geral, ou especialmente hypothecado

.....

Exceptuo em terceiro lugar o credor que concorreu com os seus dinheiros para se romper, e reduzir á cultura qualquer paul, ou terra inculta, para que, a respeito das bemfeitorias, seja primeiro graduado, que outro qualquer credor, por mais antigo e privilegiado que seja “.

Quando vigorava essa lei, a classificação dos credores era a que se vê no *Tratado das Execuções por Sentenças*, de LOBÃO, § 536: em primeiro lugar os credores privilegiados, em segundo os hypo-theccarios, e em terceiro os chirographarios.

Os nossos processualistas, em geral, inclusive os contemporâneos, têm repetido inadvertidamente, e sem necessidade (pois, a matéria é de direito civil, e não de processo), a antiga classificação de credores, estatuída pela lei de 20 de junho de 1774, e pelo alvará de 12 de maio de 1758.

Entretanto, a lei n. 1237, de 24 de setembro de 1864, nos arts. 5 e 6, com pequena alteração reproduzidos na lei n. 169 A, de 19 de janeiro de 1890, (*arts. sob os mesmos números 5 e 6*) reformou completamente o direito patrio nesta parte.

Preceitua o art. 5º da lei de janeiro de 1890: "Os privilégios não compreendidos neste decreto referem-se:

Aos moveis;

Aos immoveis *não hypothecados*;.....

Ao preço dos immoveis hypothecados, *depois de pagas as dividas hypothecarias*.

§ 1°. Exceptuam-se da disposição deste artigo:

1°. Os créditos provenientes das despesas e custas judiciais feitas para excussão do imóvel hypothecado, as quaes serão deduzidas precipuamente do producto do mesmo imóvel;

2.° Os debentures ou obrigações ao portador, emitidos pelas sociedades anonyms ou commanditarias por acções.

§ 2°. Continuam em vigor as preferencias estabelecidas pela legislação actual tanto a respeito dos bens moveis, semoventes, e immoveis não hypothecados, como a respeito do preço dos immoveis hypothecados, depois de pagas as dividas hypothecarias."

No art. 6.°, depois de enumerar os onus reaes, os *únicos que se consideram taes no direito patrio*, o legislador determina que "os outros onus que os proprietários impuzerem aos seus prédios, se haverão como pessoaes, e não podem prejudicar os credores hypothecarios". Os ónus reaes que o legislador admite e enumera, "*não podem ser oppostos aos credores hypothecarios, se os títulos respectivos não tiverem sido transcriptos antes das hypothecas*".

O legislador pátrio, pois, não extinguiu os privilégios. Relativamente aos immoveis, conservou os privilégios que incidem em immoveis não hypothecados, ou no preço dos immoveis hypothecados, depois de pagas as dividas hypothecarias. Duas excepções apenas abriu á prelação das hypothecas: as despesas e custas judiciais da excussão do imóvel hypothecado deduzem-se precipuamente do producto do mesmo imóvel, e os *debentures* também se pagam de preferencia. Propriamente só ha uma excepção, que é a concernente ás custas e despesas judiciais; porquanto, os *debentures*, ou obrigações preferenciaes, dependem da constituição de uma hypotheca pelas sociedades anonyms (*art. 40 da lei numero 177, de 15 de setembro de 1893*), e

sua prelação não póde prejudicar aos credores hypothecarios, que tenham hypothecas anteriormente incriptas (*art. 1º da citada lei*).

Seria impossível maior clareza do que a do § 2º do art. 5º da lei de 19 de janeiro de 1890:—continuam em vigor as preferencias da legislação patria a respeito dos bens *não hypothecados*, e, quanto aos hypothecados, a respeito do seu preço, *depois de pagas as dividas hypothecarias*.

Subsistem consequentemente os privilégios da lei de 20 de junho de 1774.

Esses privilégios excluem os créditos simples, ou chirographarios; mas, perdem completamente a sua efficacia, são absolutamente inertes, em face dos créditos hvpothecarios. Eis o que dispõe a lei do modo mais expresso.

TEIXEIRA DE FREITAS, que em a nota 14 ao § 9º do art. 1.270 da *Consolidação* entende que de "todas as partes da nossa legislação é actualmente a mais «scura e complicada" a relativa ás preferencias, no art. 1.270, §§ 1º e 2º da edição anterior á lei de 24 de setembro de 1864, dava uma *hypotheca legal privilegiada* "sobre as bemfeitorias, ao credor que concorreu com materiaes, dinheiro, em mãos de obreiros, *para construcção, reedificação e reparos de edificios*; também sobre as bemfeitorias, ao credor de dinheiro emprestado para *abrir e arrotear terras incultas*", em a nota 6 ás disposições reproduzidas, na edição posterior á lei de 24 de setembro de 1864, affirma peremptoriamente que "*não ha mais hypotheca neste caso; ha só privilegio, como se conclue das disposições comparadas dos arts. 1º e 5º da novissima lei hypothecaria. Tal privilegio dá direito de preferencia sobre os credores chirographarios.*" Nada mais.

Não prevalece contra os credores hypothecarios.



A lei é terminante: quaesquer ónus reaes que os proprietários impuzerem aos seus prédios, se haverão como pessoaes, e não podem prejudicar aos credores hypothecarios. Os próprios ónus reaes consagrados pela lei só podem ser oppostos aos credores hypothecarios, se os títulos respectivos tiverem sidotranscriptos antes das hypothecas.

Ainda quando fossem ónus reaes, o que a lei repelle terminantemente, os privilégios só poderiam ser oppostos aos créditos hypothecarios, quando transcriptos no registro de hypothecas.

LAFAYETTE (*Dirieito das Cousas*, nota 6, § 183, vol. 2º, pags. 76 e 77) pergunta: "Qual a natureza do direito do autor das bemfeitorias á indemnisação que lhe é devida? Será um direito de retenção? Será algum privilegio? Nem uma nem outra cousa. *Nem o direito de retenção por bemfeitorias nem privilegio algum, prevalecem contra a hypotheca*". (lei, art. 5º §§ 1º e 2º).

O direito do autor das bemfeitorias é um direito *puramente pessoal* contra aquelle, em favor de a ti em verteu a utilidade da despesa.

E no § 259, n. 4, referindo-se ao *terceiro detentor*, escreveu: "O terceiro detentor tem direito a haver dos credores hypothecarios a indemnisação das bemfeitorias necessárias e uteis que houver feito no immovel, pelo principio de que ellas vertem em utilidade d'esses credores.

O dito direito, porém, é puramente pessoal. El para tornal-o effectivo, o detentor não pôde usar da retenção, porque a retenção não pôde ser opposta á hypotheca nem induz preferencia, porque a lei não lh'a dá.

O terceiro detentor vem a ser, pois, um mero credor chirographario do valor das bemfeitorias."

Tanto na *hypothese*, portanto, de serem feitas as bemfeitorias mediante contrato entre o empreiteiro e o dono do prédio, como na de serem feitas por um *terceiro detentor* (que é o *terceiro que possui imóvel hypothecado*) o autor das bemfeitorias no direito pátrio só tem um direito *meramente pessoal*.

LEITE VELHO nas *Execuções de Sentenças*, artigo 458, colloca os credores privilegiados acima dos *chirographarios*, e *abaixo dos hypothecarios*.

CARLOS DE CARVALHO (*Nova Consolidação; art. 1.940*) assevera que o credor *hypothecario* tem sobre o imóvel *hypothecado* *preferencia a quaesquer créditos*, salvo os que provêm das despesas e custas judiciais, feitas para a execução do imóvel.

No art. 1.939, § 3º, havia reproduzido a disposição do art. 70, II, § 1, da lei n. 917, de 24 de outubro de 1890, disposição que é a mesma do art. 78, II, § 1º, da lei n. 859, de 16 de agosto de 1902, que reformou a de 1890, e que assim preceitua: "O privilegio prevalece a respeito do preço dos imóveis *hypothecados* anteriormente, *depois de pagas as dividas hypothecarias* e os créditos provenientes das despesas e custas judiciais, feitas para execução do imóvel *hypothecado*, e que serão deduzidas principalmente do producto do mesmo imóvel".

O preceito legal não permite duvidas: de accôrdo com a lei *hypothecaria*, declara a lei de fallências que o privilegio só prevalece *depois de pagas as dividas hypothecarias*. Prevalece, portanto, sobre os créditos *chirographarios* *exclusivamente*.

Não se supponha que os credores *hypothecarios* só tenham preferencia, quando a *hypotheca* é anterior á divida privilegiada. Ainda que a divida privilegiada seja anterior á *hypotheca*, o credito *hypothecario* se paga precipuamente; porquanto, em face da positiva regra do art.

6º, §§ 1º e 2º, quaesquer ónus que não sejam o penhor agrícola, a servidão, o uso, a habitação, a antichrese, o usufructo, o fôro, ou o legado de prestações ou alimentos, expressamente consignado no immovel, se consideram ónus pessoaes e não podem prejudicar aos credores hypothecarios.

Ainda mesmo que fosse o privilegio um ónus real, só poderia ser opposto aos credores hypothecarios, caso o respectivo titulo tivesse sido transcripto antes das hypothecas.

JOSÉ' HYGINO, na *Consolidação das Leis referentes á Justiça Federal*, com muita exactidão resumiu o nosso direito sobre esta matéria. No art. 658 (*parte terceira, processo civil*), do decreto n. 3.084,. de 5 de novembro de 1898, escreveu: "Os credores, *salvo os hypothecarios*, a respeito dos quaes se guardará o disposto no art. 661, preferem uns aos outros pela ordem em que são classificados, e na mesma classe preferem pela ordem de sua enumeração". E no art 661 : "As preferencias dos credores privilegiados prevalecem tanto a respeito dos bens moveis, semoventes e immoveis não hypothecados, como a respeito do preço dos immoveis hypothecados, depois de pagas as dividas hypothecarias. O credor hypothecario tem sobre o immovel hypothecado *preferencia a quaesquer créditos*, salvo os que provém das despesas e custas judiciaes, feitas para a excussão do immovel. Assim deduzidas as sobreditas despesas e custas judiciaes, o preço do immovel será precipuamente destinado ao pagamento da hypotheca, e só depois do pagamento delia pôde ser applicado aos outros créditos na ordem que lhes compete".

No estado actual do direito brasileiro o autor de bemfeitorias em predio hypothecado, antes ou depois de feitas as bemfeitorias, não tem privilegio algum que prevaleça contra os créditos hyp'othecarios, que são pagos precipuamente.

Nem, dado o regimen de publicidade dos direitos reais sobre os immoveis, instituído pela lei hypothecaria, se justificaria um privilegio que importasse um ónus real não registrado.

No direito francez o empreiteiro é credor privilegiado, porque o seu credito é inscripto, e duas vezes inscripto.

No direito allemão o empreiteiro tem uma hypotheca, publicada pela inscrição.

No direito pátrio, que ordena a inscrição e a transcrição de todos os onus reais, seria um grande absurdo admittir privilégios que fossem ónus reais, sem dependência de transcrição.

Seria derruir todo o excellente systema de publicidade da lei de 24 de setembro de 1864, reproduzido na lei de 19 de janeiro de 1890, e escancarar as portas á fraude.

O direito do autor das bemfeitorias, diz LAFAYETTE, é um direito puramente pessoal contra aquelle, em favor de quem verteu a utilidade da despesa.

Segue-se dahi que o credor hypothecario seja obrigado a deduzir do preço da arrematação, igual ou inferior á importância da divida, o preço das bemfeitorias? .Não absolutamente.

Se assim fosse, o credor hypothecario occuparia na gradação dos créditos logar inferior ao do privilegiado, ao do autor das bemfeitorias, o que, já vimos, a lei repelle terminantemente.

Nem se julgue que o direito do autor das bemfeitorias seja um direito cuja obrigação correlata incumba, não ao dono do predio, mas á pessoa em cujo proveito verteu a utilidade das despesas.

O devedor das bemfeitorias é o dono do prédio.

Tanto isto é verdade, e indiscutível, que no regimen da lei de 20 de junho de 1774 os credores por bemfeitorias eram credores privilegiados, colloca-dos em gráo superior aos dos credores hypothecarios.

Credores privilegiados de quem? Do *devedor commum, dono do prédio*, o que não se faz mister, dizer, de tanta evidencia se reveste a asserção.

Se o credor hypothecario e o autor das bemfeitorias são credores ambos do dono do prédio hypothecado, e se o primeiro tem preferencia contra o segundo, está muito claro que o segundo só recebe total ou parcialmente a importancia do seu credito, depois de pago integralmente o primeiro.

Caso fosse o credor hypothecario obrigado apagar as bemfeitorias, teriamos uma destas consequências: na hypothese de um terceiro arrematar o prédio hypothecado por um preço igual, ou menor que a importancia da divida hypothecaria, o credor hypothecario *não receberia precipuamente* a importancia do seu credito, e desse modo ficaria em *segundo logar*; se o mesmo credor hypothecario arrematasse, ou requeresse a adjudicação, pelo valor da divida, desde que se lhe impuzesse a obrigação de pagar as bemfeitorias, *ainda ficaria em gráo inferior* pois, o autor das bemfeitorias seria pago de preferencia (pouco importando que recebesse o valor das despesas feitas, ou a quantia equivalente ao augmento de valor adquirido pelo predio), e o credor hypothecario ficaria com as sobras.

Desde que o credor hypothecario tem preferencia diante do autor das bemfeitorias, a consequência lógica forçada é que, só depois de pago integralmente o credito hypothecario, é permittido entregar as sobras ao credor por bemfeitorias. Em caso nenhum se pagam as bemfeitorias com prejuízo do credor hypothecario. No concurso de

preferencias *le principe general est: tant que la classe precedente n'est pas intégralement payée, la suivante ne peut rien recevoir*" (<sup>13</sup>).

Esse principio foi concretizado no art. 624 do regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850.

Em synthese: excluídos os casos de *retenção*, direito que não se estende além das hypotheses expressas na lei, como, por exemplo, a do locatário por bemfeitorias necessárias e úteis (14), quem faz bemfeitorias no immovel de outrem (*verbi gratia* — o empreiteiro que planta cafesaes no prédio rustico alheio), só tem privilegio em face dos Credores chirographarios.

Diante dos credores hypothecarios nenhuma preferencia tem, podendo apenas receber as sobras, depois de pago o credito hypothecario; visto como no direito pátrio não ha privilegio, nem direito pessoal de espécie alguma, que possa prejudicar aos credores hypothecarios, e os próprios ônus raes só podem ser opostos aos credores hypothecarios, quando transcriptos antes da inscripção das hypothecas.

## **DIREITO FISCAL**

### **DA ISENÇÃO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE PROPRIEDADE NAS TORNAS OU REPOSIÇÕES**

O art 9º, n. 3, do decreto do Estado de S. Paulo, n. 355, de 14 de abril de 1896, cópia litteral do artigo 23, n. 3, do decreto n. 5.581, de 28 de março de 1874, estatúe que são isentas de imposto "*as tornas ou reposições em dinheiro peto excesso de bens lançados a um herdeiro ou sócio; excepto se os bens forem partiveis, ou se houver concerto para que uma das partes fique com bens de valor superior ao seu quinhão, pagando-se nestes casos o imposto de compra e venda.*"

---

<sup>13</sup> MACKELDEY – *Manuel de Droit Romain*, 2. 779.

Entendem não poucos juízes, e assim têm julgado, que o artigo transcripto encerra DUAS LIMITAÇÕES á excepção que estabelece. A regra é o pagamento do imposto . A excepção é não estarem sujeitas ao imposto as tornas ou reposições em dinheiro pelo excesso de bens lançados a um herdeiro ou sócio. A limitação da excepção é pagarem o imposto as tornas ou reposições, desde que os bens são partiveis, ou ha concerto para que uma das partes fique com bens de valor superior ao seu quinhão.

A excepção sofre duas limitações, tem-se entendido na pratica: 1ª quando os bens são partiveis; 2ª quando ha concerto para que uma das partes fique com bens de valor superior ao seu quinhão. No artigo transcripto a conjuncção – OU - indica opposição, alternativa, dizem os que assim pensam.

Ha uma só limitação, affirmamos nós. A conjuncção – OU - significa neste caso, como em innumerous outros, *por outro modo, n'outros termos*. Exprime similhaça ou identidade. Propriamente — identidade. Apenas se restringiu a excepção na hypothese de serem os bens partiveis, ou, por outras palavras, haver concerto para que uma das partes fique com bens de valor superior ao seu quinhão. Se os bens são indivisiveis physicamente, o concerto, accordo, convenção, combinação, ou ajuste para que uma das partes fique com bens de valor superior ao seu quinhão, é indispensável, afim de que se realize a transmissão, ou se faça a partilha desse modo. Se os bens são physicamente divisiveis, o imposto deve ser pago, qualquer que seja o modo como se verifiquem as tornas ou reposições.

Fundamentemos a interpretação.

A disposição de direito fiscal que estudamos, tem sua origem no capitulo 6º, § 40, dos *Artigos das Sisas* de 27 de setembro de 1746. O

art. 23, n. 3, do decreto de 28 de março de 1874 cita entre parenthesis os *Artigos das Sisas*.

Os *Artigos das Sisas*, que podem consultar-se nos *Artigos das Sisas com emenda do senhor rei D. Sebastião*, publicados por Luiz de Moraes e Castro, Lisboa, 1779, ou no *Systema ou Collecção dos Regimentos Reaes*, publicados por José Roberto Monteiro de Campos Coelho e Soisa, Lisboa, 1873, estatuiam na parte citada pelo decreto de 1874, o seguinte: "outrosim muitas vezes acontece entre os herdeiros, que herdão alguns bens de raiz, quando os querem partir, por vir a boa igualdade, e cada um haver directamente o que lhe pertence haver, tomarem uns aos outros dinheiros por alguma melhoria que hão em alguma parte da partição, que assim fazem nos ditos bens; mandamos que em tal caso não haja ahi siza de uma parte, nem da outra; porque não é venda nem escambo. Porém, se os ditos bens forem partidos sem ahi entrar de uma parte á outra tomar dinheiro, e depois de tal partição feita alguma das partes se concertar com outra que lhe deixe taes bens, e lhe dá por elles certos dinheiros, pague-se delles siza, porque he verdadeiramente venda. E se cada uma das partes se acordar com a outra, que lhe deixe esses bens que assim houve em sua partição, por outros que lhe por elles dá, que são fora da dita herança; ou antes que sejam partidos,) se concertar que os não partam, e pelo quinhão que ahi tem, dá outro de fora da dita herança, ou dinheiros por elles, mandamos que em taes casos se pague delles siza; porque he direito escambo, ou venda. E se os ditos herdeiros depois da partilha ser feita entre elles trocarem alguns bens de raiz, ou moveis, da dita herança, ou partilha, uns pelos outros, em tal caso haja ahi também siza, porque he verdadeira troca."

Por esse trecho reproduzido já se vê que no próprio direito fiscal estatuído pelo absolutismo do século XV as tornas ou reposições estavam isentas do imposto de transmissão de propriedade, sempre que



um dos herdeiros ficava com parte maior do que lhe devia caber nos bens de raiz, e dava em troca dinheiro, desde que isso se fazia por necessidade da partilha, ou para corrigir os inconvenientes da partilha das coisas physicamente indivisíveis, ou (tal é a expressão lata de que se serve o legislador, o que é bem significativo) "*por alguma melhoria que hão em alguma parte da partição.*" Pagava-se a siza, quando *depois da partilha* uma das partes se concertava com a outra para que lhe deixasse taes bens, ou *antes da partilha* se concertava para que não partilhassem, dando uma parte a outra bens extranhos á herança ou dinheiro, ou ainda depois da partilha permutavam os herdeiros bens de raiz por moveis. Assim no direito dos *Artigos das Sisas* de 1476 era devido o imposto, quando as partes se concertavam para não partirem bens divisíveis.

Não pôde ser outro absolutamente o sentido da lei, desde que se attenda a que no caso de não se partilharem bens de difficil divisão, e até na hypothese de haver *qualquer "melhoria"* na partilha pelo facto de ficar um herdeiro com immoveis de valor superior ao seu quinhão, não era devida a siza, como diz a lei expressamente e em termos amplos.

Em substancia, não se pagava a siza, quando a adjudicação de immoveis de valor superior ao quinhão do herdeiro se fazia por necessidade ou utilidade da partilha, ou em attenção á egualdade e commodidade que devem ser respeitadas nas partilhas. Pelo contrario, era devida a siza, quando um herdeiro recebia immoveis de valor superior ao seu quinhão, só porque assim combinou ou ajustou com os demais coherdeiros, sem necessidade, sem utilidade, sem melhoria alguma na partilha, caso em que havia um verdadeiro escambo, ou uma verdadeira venda.

A disposição dos *Artigos das Sisas*, que transcrevemos, é a reproducção da regra de direito já muitos séculos antes firmada pela sabedoria dos romanos.

O fr. 26, § 2º, de *legatis et fideicommissis* (*líber primus*) figura a hypothese de ser legada uma parte de certos bens (*bonorum parte legata*). Per-gunta-se, então, se o herdeiro está obrigado a entregar a parte legada dos bens, ou pôde dar ao legatário o valor dessa parte em moeda. Responde POMPONIO que, se se trata de coisas divisíveis sem damno, Sem depreciação, o herdeiro pôde entregar ao legatario a parte legada: se, porém, a coisa é naturalmente indivisível, ou só com prejuízo, com diminuirão de valor, poderia ser dividida, ao herdeiro cumpre (nem outro alvitre é permittido) dar o preçoda coisa legada. O direito romano não permítte quese partilhem coisas physicameitte indivisíveis, ou sódivisíveis com prejuízo, com depreciação. As palavras de POMPONIO são notavelmente claras e enérgicas: "*In histamen rebus partem darc lteres conceditar, quae sitie damno dividi possunt: sin untem vel naturaliter indivisae sint, vel sine damno divisio earum fieri non potest, aestimatio ab herede omnimodo praestanda est*".

A' sabedoria dos jurisconsultos romanos não devia escapar a necesisdade de ordem publica de vedar a partilha de coisas indivisíveis, ou só divisíveis com prejuízo. Se são absolutamente indivisíveis, partilhal-as idealmente entre os co-herdeiros seria manter, continuar, conservar, a communhão, origem de tantos males na ordem jurídica, e expressamente reprovada pelo ir. 70, *pro sócio*, e pela const. 5ª, *communi dividundo*. Se sómente podem dividir-se com prejuízo, com depreciação, permittir a divisão em heranças successivas seria concorrer para a reducção da riqueza publica e particular, o que ao Estado importa muito evitar.

A const. 3º, *communi dividundo*, apresenta-nos o caso de não ser possível dividir commodamente um prédio rustico, de que são donos diversos sócios. A solução é a mesma que para a hypothese do legado de POMPONIO: "*Cum autem regionibus dividi commode aliquis ager inter sócios non potest, ver ex pluribus singuli: aestimatione justa farta,*

*unicuique sociorum adjudicantur, com pensatione pretii invicem facta, eoque cui res majoris pretii obvenit caeteris condemnato."*

Para o fim de evitar as contendas (*ne aliqua oriatur contentio*), que a indivisão gera frequentemente entre os condôminos, o direito romano preceituava que, até no caso de comunhão entre o doador e o donatário, um deles pagasse ao outro o preço da parte de que não era dono, sendo-lhe esta transferida. O proprietário da maior porção era preferido, sempre que *podia* e *queria* pagar o preço da parte menor. Se não queria ficar-se com todo o prédio, devia ser este dividido, sendo possível a divisão sem prejuízo. E, não o sendo, ao proprietário do menor quinhão facultava-se adquirir o todo, pagando o preço da outra parte: "*Ne atitem communione inducta, donatari et ei, qui liberalitatem suscepit, aliqua oriatur contentio: electionem damus ei, qui ampliarem summam in te donata habuerit reliquam aestimationis quantitatem offerre ei, qui minorem causam habuit, et totum, possidere. Sin autem hoc minime facefe maluerit, tunc omnimodo res dividi secundum quantitatem utrique parti competentem si res dividi sine sito periculo possibile est. Sin autem in hujusmodi casibus, in quibus partitio utiliter celebrari minime potest, amplioris summae dominus noluerit offerre aestimationem: tunc licebit etiam ei qui minoris summae habet potestatem, offerre pretium, et totum sibi vindicare*" (const. 34, § 2º, de donationibus).

Que deve entender-se por coisa indivisível?

Temos um excelente guia, para nos facilitar a averiguação. É GOUDSMIT, no seu *Cours des Pandectes* (trad. de Vuylsteké, Paris, 1873). As coisas são divisíveis *physica* ou *intellectualmente*. São fisicamente divisíveis as coisas "*susceptíveis, sem destruição de sua substância e sem notável diminuição de valor, de ser separadas em partes análogas por suas qualidades à própria coisa, partes que differem do todo primitivo somente pela quantidade*" (obra citada, pag. 95, § 43). Todas as outras

coisas juridicamente são indivisíveis (pag. 96). A divisibilidade das coisas pôde ser considerada sob outro aspecto: uma coisa se divide entre diversas pessoas, não em partes materialmente separadas umas das outras, mas em partes meramente *ideaes*, segundo a quantidade proporcional que deve tocar a cada uma. Neste caso, os herdeiros, ou sócios, permanecem no estado que se denomina *communio pro indiviso*, e as partes se chamam *partes indivisae* (pagina 97). Tomadas as palavras divisibilidade e divisão neste segundo sentido, todas as coisas *physicas* to divisíveis *intellectualmente*. Os próprios semoventes o são. Até o escravo é *intellectualmente divisível*: "*Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore*" (fr. 5º, *de stipulatione servorum*). A mesma regra ácerca da divisibilidade *intellectual* dos próprios escravos ainda se nos depara no fr. 9º, § 1º, *de solutionibus et liberationibus*. Assim conclue GOUDSMIT: "*Si l'on demande quelles choses son divisibles intellectuellement, la réponse est que toutes le sont sans aucune distinction, peu importe qu'elles soient ou non susceptibles de division naturelle, et lors même que celle-ci serait prohibée par le droit ou par une dispositiva ou convention particuliere*" (obra citada, pag. 98). As próprias coisas incorpóreas são *intellectualmente* divisíveis. Uma exceção única abria o direito romano para as servidões, menos o usufruto (fr. 17, *de servitutibus*, fr. 80, § 1º, *Ad legem Falcidiam*).

Apliquemos estas noções clássicas á interpretação do art. 9º, n. 3, do decreto estadual de 14 de abril de 1896, que, não esqueçamos, é cópia literal do art. 23, n. 3, do decreto de 28 de março de 1874, disposição que tem sido geralmente adoptada nos Estados, desde que lhes foi conferida pela Const. Federal a faculdade de arrecadar em seu proveito os impostos de transmissão de propriedade *inter vivos et causa mortis*.

Indiscutivelmente a divisibilidade a que alludem o decreto de 1896 e o de 1874, é a divisibilidade physica ou material, e não a intellectual; pois, sendo esta sempre possível em relação ás coisas corporeas, entender que os decretos citados a ella se referem, seria fazer ao legislador de 1874 e ao de 1896 a injuria de suppol-os ignorantes de noções rudimentares de direito civil. Demais, partir intellectualmente, idealmente, bens indivisives physicamente nunca seria fazer a partilha que a lei ordena que se faça nos inventários e liquidações de sociedades; seria conservar o estado de communhão, a indivisão, prenhe de tantos males para a ordem jurídica e tranquillidade social. *Seria praticar um acto dispendioso e absolutamente inutil*, adiando para mais tarde a partilha que a lei manda fazer.

Mas, segundo outra forma da mesma objecção (e não ha muito vimos um julgado nesse sentido), para ter cabimento a isenção não basta que os bens sejam indivisíveis; é necessário, além disso, que não haja concerto para que uma das partes fique com bens de valor superior ao seu quinhão.

Esta interpretação encerra um absurdo revoltante, porquanto nos levaria a este resultado: é indispensável que, além da indivisibilidade physica dos bens, os herdeiros, ou os sócios, não cheguem a accordo algum quanto á adjudicação da coisa indivisível a um delles. Desde que manifestem a vontade concorde de deixar a coisa materialmente indivisível para um delles, recebendo os outros o valor das suas partes em dinheiro, o imposto é devido !. . .

Para se realizar a torna, ou reposição, seria necessário que se verificasse uma *acquisição forçada*, que um dos herdeiros, ou sócios, sem nenhum accordo com os outros, recebesse constrangido (pelo juiz ? que absurdo!) parte maior de bens de raiz do que a que lhe devia ser dada, ficando obrigado a pagar (ainda que não dispuzesse dos meios

necessários) a parte tomada aos outros, que seriam igualmente coagidos a abrir mão de sua propriedade!...

A historia do direito nos dá noticia da desapropriação forçada, por necessidade ou utilidade publica, instituto que ainda existe em todos os povos cultos. Mas, aquisição forçada é singularidade de que a historia do direito e a legislação comparada fstão completamente virgens.

Quando os bens são physicamente indivisíveis, para que se dê a torna ou reposição, é mister que haja accordo ou concerto, em virtude do qual um dos herdeiros, ou sócios, fica senhor de maior parte do que a que lhe daria uma partilha rigorosa, e os outros recebem em troca da sua propriedade ceita quantia. Se não ha accordo, ou concerto para esse fim, o remédio é a licitação, *visto como não é absolutamente possível a torna ou reposição*. LOBAO (*Acções Summarias*, tomo 2º, Dissertação 7º § 26), apoiado em VALASCO e PEDRO BARBOSA, confirma o que affirmamos. Se não houver concerto, insdispen-savel para se ordenar a adjudicação, o que o juiz deve decretar é a licitação: *Si vero partes hanc divisionem nolint admittere, tunc deveniendum est ad licitationem*. TEIXEIRA DE FREITAS, (nota 26 ao art. 1166 da *Consolidação*), interpretando a Ord., liv. 4º, tit. 96, § 50, diz: "Está em pratica lançar-se a coisa, que não se pôde partir, a um herdeiro, que torne aos outros o excesso... Como as providencias desta Ord. dependem do consentimento de todos os compartes, consentimento raro, a praxe tem com razão admittido a licitação em praça."

Ahi está a verdade jurídica. Para haver a adjudicação de uma coisa indivisível a um só herdeiro, é indispensável o concerto, combinação, ajuste, nesse sentido. Se não se dá o concerto, o juiz deve ordenar a licitação, porque lhe falta competência para o acto despótico de obrigar uma pessoa a ficar com bens que não quer ou não pôde adquirir, e os compartes a venderem por certo preço uma coisa de que são

condominos e co-possuidores; pois, em virtude do Alvará de 9 de novembro de 1754 todos os herdeiros adquirem a propriedade da herança e a posse civil com os efeitos da natural, desde o momento da morte do *de cujus*.

A interpretação que damos no art. 9º, n. 3, do decreto de 1896, é a única de acordo com as noções rudimentares do direito civil, com a sabia legislação dos romanos, e com a utilidade económica do Estado.

Essa interpretação está igualmente de perfeito acordo com os subsídios da gramática. A conjunção OU não significa somente alternativa, oposição. Exprime também similitude, identidade, frequentemente identidade. No *Diccionario Portuguez* de FR. DOMINGOS VIEIRA, palavra *ou*, se nos deparam innumeros exemplos do *ou* com a ultima accepção: *a lógica ou a dialéctica: o príncipe era claviculatório ou da chave dourada; um circuito ou pateo cercado de paredes altas*, etc. etc.

Ainda quando houvesse razões para alimentar duvidas acerca do verdadeiro sentido do nosso artigo de lei, a interpretação não poderia ser outra. O poder judiciário de uma sociedade sujeita ao regimen constitucional, e com instituições democráticas, não pôde ser menos liberal do que os imperadores romanos, um dos quaes chegou ao extremo de mandar escrever as leis fiscaes com lettras tão illegiveis, e collocar as taboas das leis em local tão alto que o povo nunca pudesse saber ao certo quanto tinha de pagar, podendo assim o fisco exigir o que aprouvesse (Suetonio, Vida de Calígula, XLI). Pois bem: a, máxima de ULPIANO, *adoptada pelos CÉSARES*, era que: "*Non puto delinquere eum, qui in dubits ques-tionibus contra fiscum facile responderit*" (fr. 10, *de jure fisci*).

A unica significação que é permittido ligar ao art. 9º, n. 3, do decreto de 1896, é que não se deve pagar o imposto, sempre que, havendo bens physicamente indivisíveis, um dos herdeiros, ou sócios, recebe na partilha parte maior do que seu quinhão nesses bens, ou porque o juiz assim ordenou, e todos os interessados se submeteram por um concerto, accordo, ajuste ou combinação tacita, ou porque os mesmos interessados requereram previamente ao juiz, mostrando a impossibilidade da divisão, ou que esta só se poderia fazer com prejuízo, e manifestando o seu accordo quanto á adjudicação e consequente torna.

## **DIREITO CIVIL E COMMERCIAL**

### **SOCIEDADE REGULAR E SOCIEDADE DE FACTO**

Para dar uma idéa exacta das paridades e differenças que ha entre a *sociedade regular, de direito, ou legal*, e a *sociedade de facto, ilegal, ou irregular*, convém primeiro mostrar de modo preciso o que é a *communhão de bens*, ou de interesses, genero de que são espécies as duas formas de sociedade.

As expressões — *communhão de bens, compropriedade e condomínio*, usam-se não raro como synonymas, equivalentes. Mas, bem observa Vitalevi, a *communhão*, ora significa um modo de ser da propriedade, exprime o domínio que diversas pessoas têm, por quotas ideaes, sobre a mesma coisa; ora traduz o conjuncto dos direitos e obrigações que, em virtude da *compropriedade*, surgem entre os condóminos. O uso vulgar tem adoptado o termo — *compropriedade* — na accepção de estado de mero *facto* do domínio exercido conjunctamente por varias pessoas sobre um só objecto, e de preferencia sobre coisas singulares, ao passo que a *communhão* nos traz a idéa de relações



peçoas (direitos e obrigações) entre os comunheiros, relações que se estendem a uma universalidade de coisas (<sup>1</sup>).

Ninguém, no conceito de Troplong, ainda definiu melhor a sociedade do que Felicius: "*Societas est contractus qui consensu, rebus, vel operibus, vel industria, intervenientibus, ad communem quaestum, seu lucrum, perficitur*" (De societate, cap. 1º.º n. 4).

Em primeiro lugar, toda sociedade pressupõe necessariamente um contrato. Por esse contrato, os sócios põem alguma coisa, *res, opera, vel industriam, em commun*. Por último, o fim de toda sociedade é a realização de um lucro, de um benefício, que se partilha entre os sócios (<sup>2</sup>).

Não se confunde a sociedade com a comunhão. Com grande proficiência, Bicocca assignala os pontos em que se identificam, e os em que differem, a comunhão e a sociedade. Uma e outra produzem comparticipação de interesses e direitos sobre uma dada coisa, ou um determinado conjuncto de coisas; em ambas a administração se faz em commun, posto que sujeita a regras diferentes; em ambas os interessados têm por fim último a divisão da coisa commun e dos seus productos.

Divergem, entretanto, em que: a) a sociedade, como effeito que é de um contrato, exige sempre o consenso dos associados, e a comunhão pode veri-ficar-se mesmo sem o consentimento dos comunheiros, por força da vontade de um terceiro, do acaso, ou da lei (<sup>3</sup>); b) a sociedade, porque exige o consenso dos sócios, exige por isso mesmo a capacidade dos contratantes; a comunhão pôde subsistir

---

<sup>1</sup> VITALEVI-*Della Comunione dei Beni*, n. 17.

<sup>2</sup> TROOLONG-*Di Contrrat de Société*, ns. 3 a 6.

<sup>3</sup> GLUCK-Commentario al'e Pandette, vol. 10, § 714, enumera vários casos de comunhão incidente, isto é, proveniente da vontade de um terceiro, do acaso, ou da lei.

validamente entre incapazes, excepto quando procede de convenção, o que é possível; c) a sociedade, para existir legalmente, precisa ser contratada de acordo com certos preceitos, ao passo que a *communhão* não depende de forma alguma; d) na *communhão* o *communheiro* pôde sempre transferir seus direitos a quem quizer; na sociedade, em regra, ao sócio não é lícito trasladar a outrem seus direito e obrigações; e) o *communheiro* tem a faculdade de requerer a todo tempo a dissolução da *communhão*, faculdade negada ao sócio, sempre que ha um praso estipulado para a existência da sociedade; f) *ha sociedades que se extinguem peta morte, interdicção, ou fallencia, de um sócio*; na *communhão*, os direitos do morto, do interdicto, ou do fallido, passam aos seus suecessores; g) da sociedade nasce a acção pessoal — *pro sócio*; da *communhão* — a acção mixta — *communi dividundo* <sup>(4)</sup> ; h) a diferença fundamental entre sociedade e *communhão* consiste na *affectio societatis*, de que nos fala Ulpiano, isto é, na intenção manifestada pelos sócios de obter lucro das coisas, ou prestações, postas em *commum*, facto que não se observa na *communhão*; i) as sociedades, especialmente as commerciaes, podem dar origem a uma pessoa juridica, distincta da dos sócios; a *communhão* nunca é pessoa colectiva; j) a sociedade se constitue para a consecução de um certo fim, e, realizado este, se dissolve; a *communhão* não existe para negócios, ou para fins determinados <sup>(5)</sup>. São essas as principaes distineções entre a *communhão* e a sociedade. Outras, menos importantes, se lêem no citado Bicca.

Para Vitalevi a verdadeira característica da sociedade reside na *affectio societatis* de Ulpiano, na intenção dos sócios de se servirem do estado de indivisão para realizar beneficios, lucros *communs*, com o fito nos quaes põem seus bens em *commum*. Ha sociedade, quando a

---

<sup>4</sup> A questão de saber se a acção *communi dividundo* é pessoal, real ou mixta, está solvida no direito positivo brasileiro, pois a lei de 5 de setembro de 1890 deu á dita acção o carcter de acção mixta.

<sup>5</sup> BICCCA—La Comumione dei Bem, ns. 13 e 14.

communhão é animada do desígnio preciso de obter um lucro, ou benefício. Não ha, quando falta esse intuito, e a intenção das partes se reduz ao uso e gozo inerte das coisas indivisas (<sup>6</sup>).

Já Troplong havia bem caracterizado a communhão, dizendo-a um estado meramente passivo, em anithese com a sociedade, que se serve da communhão como meio de conseguir lucros, e dividil-os entre os sócios (<sup>7</sup>).

A *communhão de bens*, ou *de interesses*, pois, é expressão que tem dois sentidos. Na accepção lata, significa um genero, de que ha duas espécies: a communhão no sentido restricto, que é o que acabamos de distinguir da sociedade, e a sociedade, que póde constituir-se regularmente, ou não.

O contrato de sociedade é de direito civil e de direito commercial.

As sociedades civis se dividem em duas espécies; *sociedades civis*, na accepção restricta do termo, e associações.

As sociedades civis, no sentido estricto, estão sujeitas ás disposições da Ord., liv. 4.0, tit. 44, e comprehendem as sociedades constituídas para quaesquer fins de ordem civil, exceptuados os fins enumerados no art. 1.º da lei n. 173, de 10 de setembro de 1893. As sociedades fundadas para a realisação dos fins indicados na citada lei, denominam-se *associações*.

A distincção entre sociedades e associações, consagrada no direito pátrio pela lei de 10 de setembro de 1893, citada, procede do

---

<sup>6</sup> Obra citada, n. 33.

<sup>7</sup> Obra citada, n. 22.

direito francez, no qual se diz que ha uma *sociedade*, quando duas, ou mais pessoas, põem seus capitães em *commum*, para o fim de colher um beneficio, ou lucro, e uma associação quando as entradas, ou prestações, consistem em actividade, faculdades, iniciativa, conhecimentos <sup>(8)</sup>, que os associados põem em *commum* para realizar fins religiosos, moraes, scientificos, artísticos, políticos, ou de simples recreio <sup>(9)</sup>.

Têm as sociedades civis - na accepção ampla do termo — personalidade jurídica?

No que toca ás associações, a questão está resolvida pela lei. As associações que inscreverem o seu contrato social no registro civil da circumscripção onde estabelecerem sede, terão personalidade jurídica (art. 1.º da lei de 1893).

Quanto ás sociedades civis, propriamente ditas, a longa e renhida controvérsia sobre a questão de saber se são, ou não, pessoas jurídicas, vae reduzin-do-se aos poucos á opinião triumphante dos que entendem que a affirmativa é a única solução compatível com os princípios do direito, não havendo fundamento racional para reconhecer a personalidade jurídica nas sociedades commerciaes, e negal-a ás civis.

A doutrina que affirma serem as sociedades civis pessoas jurídicas, é a acceita pelo Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo, como se póde vêr no accordam publicado pela *Gazeta Jurídica, de São Paulo*, vol. 3.º, pag. 322 e seguintes.

Mas, já se tem objectado, diante da disposição do art. 15 da lei de 10 de setembro de 1893, não mais é licita a asserção de que as sociedades civis são pessoas jurídicas. Preceitúa o citado artigo: "As associações que não adquirirem personalidade jurídica, nos termos desta

---

<sup>8</sup> WALDECK-Rousseau, Associations et Congrégations, pag. 6.

<sup>9</sup> Lei citada de 1893, art. 1º

lei, reger-se-hão pelas regras das sociedades civis". Dahi concluem alguns: no conceito do legislador pátrio as sociedades civis não têm personalidade jurídica.

Não nos parece fundada a objecção. O legislador de 1893 não alterou a natureza das sociedades civis.

Declarou sómente que as *associações*, não registradas, ficavam sujeitas ás regras das sociedades civis, taes como estavam constituídas até á data da referida lei de 1893.

Isto posto, tudo se resolve pela distincção que fez o Dr. Clóvis Beviláqua no *Direito das Obrigações*, § 163, pag. 400. No direito pátrio, o conceito de sociedade civil tem tido uma grande amplitude. Tem-se entendido que tanto pôde haver sociedade civil com património próprio e vida inteiramente distincta da dos sócios, como sem essa distincção de funções e de direitos entre a collectividade e cada um dos sócios. A sociedade civil da mãe com os filhos maiores, do pae com os filhos emancipados, dos irmãos maiores — uns com os outros, quando habitam a mesma casa, e possuem em commum os bens partidos, ou por partir, sociedade de que trata C. Telles, no *Digesto Portuguez*, vol. 2.º, n. 1.195 ° seguintes, com apoio em Arouca, Guerreiro e Lobão, e que é a mesma de que nos dá noticia Teixeira de Freitas (nota 1.ª ao art. 742 da *Consolidação*), dizendo-a o modelo da sociedade civil, sociedade inter amicos, inquestionavelmente não se confunde com a sociedade que, por exemplo, duas ou mais pessoas fazem para a exploração de um ou mais predios rústicos, adquirindo os immoveis em nome da firma social, e em nome desta ainda vendendo os productos da laboração da terra, e praticando quaesquer outros actos de ordem juridica.

Consequentemente, como bem diz o Dr. Clovis Bevilaqua, as *associações não registradas*, estando sujeitas ás regras das sociedades civis, terão personalidade jurídica, ou não, segundo tiverem, ou não,

património seu, distincto do dos sócios, denominação sua, differente dos nomes dos sócios, uma vida jurídica própria, em summa, como têm todas as col-lectividades revestidas da personalidade jurídica.

Ao lado das sociedades civis ha as sociedades commerciaes, subordinadas ás disposições dos artigos 300 a 353 do Cod. Commercial.

Como se distinguem as sociedades commerciaes das civis? Não é pela *forma* que revestem, mas pelo *fim* a que se destinam, como sabiamente ensina Troplong (<sup>10</sup>). As sociedades civis, do mesmo modo que as commerciaes, podem constituir-se, por exemplo, sob a forma das sociedades em nome colectivo, ou sob a das sociedades anonymas. As sociedades anonymas que se têm organizado entre nós para explorar a industria agrícola, ou para a compra e laboração de predios rusticos em geral, são sociedades civis, nem poderiam deixar de sel-o deante do art. 19 do regul. n. 737, de 1850. As sociedades em nome colectivo, ou sob qualquer outra forma, destinadas á compra e revenda de immoveis, são igualmente sociedades civis. Troplong, por meio de exemplos muito preciosos, mostra-nos claramente o critério que devemos adoptar para distinguir as sociedades mercantis das de direito civil (<sup>11</sup>).

Sendo o principio que serve de fundamento aos arts. 632 e 633 do Cod. do Commercio Francez, o mesmo que fundamenta o art. 19 do nosso regul, n. 737, de 1850, as regras firmadas por Troplong para a discriminação das sociedades civis das commerciaes são perfeitamente applicaveis ao direito pátrio.

A sociedade, quer a civil, quer a commercial, poda existir sem forma legal, sem contrato, por escriptura publica, ou escripto particular,

---

<sup>10</sup> Obra Citada, ns. 317 e seguintes.

<sup>11</sup> Obra Citada, ns. 317 e seguintes.

em que se estipulem os direitos e obrigações dos sócios, as prestações e os fins sociaes. Temos, então, uma sociedade de facto, irregular, ou illegal.

O nosso Cod. Commercial, nos artigos 300 e 301, preceitua que as sociedades mercantis só se provam por escriptura publica, ou particular, e que, em-quanto o instrumento do contrato não fôr registrado, não terá validade entre os sócios, nem contra terceiros, somente dando acção a estes contra os sócios solidariamente. Mas, supponhamos que duas ou mais pessoas iniciem uma série de operações com-merciaes, usando de uma determinada firma, sem contrato escripto, e assim pratiquem um certo numero de actos mercantis, apresentando-se perante terceiros, como se tivessem constituído, por exemplo, uma sociedade em riome colectivo, ou em commandita. O facto é frequente entre sócios que entram com pequenos capitães, ou entre parentes em gráo muito próximo. Quaes seriam as consequências jurídicas desse conjuncto de factos?

O contrato então, responde Vivante, emerge tacitamente, lentamente, dos factos, não se podendo sequer determinar-lhe a data. Em taes casos, a ausência das formas legaes não produz a *inexistência da sociedade*; esta assenta em um contrato que tem todos os requisitos essenciaes; nem a lei tem o poder de destruir os factos já consummados, e os que se vão realizando em consequência desse contrato <sup>(12)</sup>.

A mesma jurídica doutrina, geralmente acceita pelos commercialistas, é commummente adoptada em direito civil. Troplong, que neste assumpto, assim como em matéria de compra e venda, é uma das mais abalisadas autoridades ensina que, por mais irregular que seja a sociedade — sem contrato com as formalidades legaes, não deixa de ser um facto consummado que deu origem a relações sociaes, e seu passado

---

<sup>12</sup> VIVANTE-Trattato de Diritto Commerciale, vol. 1º, n. 305.

não pôde desaparecer sem vestígios. <sup>(13)</sup>. Ha negócios que se fizeram em commun; importa regulal-os segundo a intenção das partes, desde que não se queira fazer das sociedades de facto uma espécie de estado selvagem, sem direito, sem protecção. Não ha entradas, ou prestações, que retirar? Ha de se deixar o remanescente ao primeiro occupan-te <sup>(14)</sup> ? Em relação ao passado, as sociedades de facto devem ser subordinadas pelos tribunaes á lei que os associados impuzeram, ao modo como estes entenderam regular seus interesses <sup>(15)</sup>. A razão, e peremptória, dessa doutrina assim nos é dada pelo sábio civilista: *"Autrement, la nullité introduite par la loi, pour éviter les fraudes, serait un moyen de gain frauduleux pour l'un des associés peu soucieux de sa parole. Supposons qu'e les parties n' aient voulu faire qu'une commandite: est-ce qu'il faudra transformer cette société en société ordinaire et grever le commanditaire au delà de sa mise? ne serait-ce pas une énormité? Il faudra donc aussi n'avoir aucun égard à la quotité des mises? Et si vous n'osez pas aller jusque-là si vous consultez la convention Pour ce qui concerne cette quotité, pourquoi pas aussi pour le règlement des dettes, pour les parts dans les pertes et les bénéfices, et pour toutes les conditions sous lesquelles les parties sont entrées en rapport? Quant à moi, je ne conserve pas le moindre scrupule sur cette question. Puisqu'on est forcé par une irrésistible nécessité d'adopter la société comme fait il faut prendre ce fait dans sa plénitude; il ne faut pas le scinder précieusement; il ne faut pas en accepter telle partie, et en rejeter telle autre, qui en a été un des éléments essentiels, sans quoi la bonne foi, qui est l'âme des sociétés, est blessée, et on procure un profit injuste à celui qui n'est pas moins coupable que son adversaire pour n'avoir pas observé les formalités légales"*.

---

<sup>13</sup> Obra citada, n. 249.

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> Ibidem.



Quanto ao passado, pois, note-se bem, quanto ao passado, as sociedades de facto são equiparadas às sociedades regulares. Tal é a regra, que soffre excepções, impostas pela necessidade de resguardar os direitos dos credores pessoaes dos associados. Assim que os credores pessoaes de um dos sócios de facto podem requerer a declaração da nullidade da sociedade, se, desembaraçando por esse meio o património do devedor, mais facilmente puderem cobrar a importância de seus créditos. Os credores particulares de um sócio podem igualmente oppôr a nullidade da sociedade aos credores desta <sup>(16)</sup>. Não reconhecer taes direitos aos credores dos sócios seria acoroçoar a fraude, permittindo que os devedores de ma fé allegassem uma sociedade clandestina, para se furtarem aos pagamentos dos seus debitos.

Deante do exposto, não pôde dizer-se precisa, ou correcta, a equiparação da sociedade de facto á communhão de bens, ou de interesses, a que alludem T. de Freitas <sup>(17)</sup>, e Carlos de Carvalho <sup>(18)</sup>. A sociedade de facto é *menos* que a sociedade regular, e mais que a communhão de bens, tomada esta expressão no sentido restricto, porquanto na accepção lata constitue, como já vimos, um género, de que são espécies a simples communhão de bens e a sociedade, que se subdivide em regular e de facto.

As analogias, ou a identidade, e as distincções, ou differenças, entre a sociedade regular e a de facto, no direito pátrio, mais clara e accentuadamente se vêm no commercio.

O Cod. Commercial no art. 305 positivamente reconhece as sociedades de facto. As presumpções indicadas no artigo citado presuppõem a falta do contrato social, revestido das formalidades legais.

---

<sup>16</sup> TOPLONG-n.251.

<sup>17</sup> *Consolidação*, nota 6ª ao art. 747.

<sup>18</sup> *Nova Consolidação*, art. 1275.

A' imitação do que fez Vivante no direito commercial italiaro, podemos estudar os efeitos jurídicos das sociedades de facto em nosso direito commercial, considerando três ordens de relações: 1.<sup>a</sup>) as relações dos sócios entre si; 2.<sup>a</sup>) as relações entre os sócios e os credores sociaes; 3.<sup>a</sup>) as relações entre os credores sociaes e os particulares dos sócios.

I—Em face da disposição do art. 301, ultima alínea, do Cod. Commercial, os sócios de uma sociedade de facto não podem demandar em juízo nenhum efeito futuro do contrato tácito da sociedade (<sup>19</sup>). Assim, por exemplo, a nenhum sócio é lícito requerer que o outro, ou os outros associados, sejam cmpellidos a realizar as entradas, ou prestações, que prometteram.

Só é permittido fazer valer em juízo os efeitos passados. Assim, por exemplo, pôde qualquer sócio pedir a dissolução e a liquidação da sociedade de facto. Se a falta de contracto escripto impedisse a dissolução e consequente liquidação, adverte Vivante, collocariamos os sócios de facto na impossibili-dade de extinguir uma sociedade repellida pelo direito como causa de perturbações nas relações jurídicas (<sup>20</sup>), o que é absurdo.

Em virtude do disposto no art. 8.º, lettera *d*), da lei das fallencias (de 16 de agosto de 1902), também os sócios de tacto podem, ou antes, devem requerer fallencia social, nos mesmos casos em que as sociedades regulares. 'Cumpre notar neste ponto uma diferença entre as sociedades de facto e as regulares: a fallencia destas pôde ser requerida por qualquer dos Socios, com exhibição do contrato social; a das

---

<sup>19</sup> T. DE FREITAS, passagem citada.

<sup>20</sup> Obra citada, n. 306.

sociedades de facto deve ser requerida per todos os socios, com indicações de suas qualidades e respectivos domicílios <sup>(21)</sup>.

II—Com incontestavel apoio nos arts. 304 e 305 do Cod. Commercial, podemos repetir no direito pátrio o que escreveu Vivante no direito italiano: os credores de uma sociedade de facto se acham na feliz posição jurídica de poderem valer-se da existência da sociedade, ou desconhecer-a, segundo lhes convier. Em geral, terão interesse em provar a existência da sociedade, para o fim de exercitarem os seus direitos contra todos os sócios solidariamente, e de afastarem a concorrência dos sócios que pretendessem executar como credores o patrimônio do sócio executando. Provada a existência da sociedade de facto, os credores poderão requerer a fallência da mesma. Que interesse, talvez se pergunte, que interesse têm os credores em obter a declaração de fallência da sociedade? Não têm elles a garantia solidaria de todos os devedores sociaes (art. 301 do Cod. Com.), podendo requerer a decretação da fallência de todos esses devedores? O interesse, responde Vivante, cuja lição é perfeitamente concorde com o nosso direito positivo, está, por exemplo, em serem cobrados os créditos por meio de um só processo de fallência.

Se, pelo contrario, aos credores sociaes convém repellir a existência da sociedade, podem fazel-o livremente, visto como os socios não têm direito de oppôr aos credores sociaes uma sociedade sem contrato escripto e revestido das formalidades legais <sup>(22)</sup>. Dahi as seguintes consequencias: a) os credores da sociedade de facto podem primeiro accionar um ou mais socios, e depois a propria sociedade, ou

---

<sup>21</sup> Lei n. 859, de 16 de Agosto de 1902, art. 5º, letra d. Cod. Commercial, art. 301, última alínea e art. 7º letra c, do decreto n 2024 de 17 de Dezembro de 1908.

<sup>22</sup> Cod. Comm., art. 301, VIVANTE, obra citada, n. 307.

requerer a fallencia desta; *b)* pódem ainda requerer a fallencia somente de um ou mais socios, dispensando ou exceptuando os outros <sup>(23)</sup>.

III—Os credores particulares dos socios têm o direito ;de não admittir ou reconhecer a sociedade de facto. Se aos socios de uma sociedade irregular não aproveita negar a existência da sociedade, quando terceiros a provem de qualquer modo, os credores particulares dos socios não podem ser equiparados a estes, para o fim de lhes sér vedado negar a existência da sociedade. A equidade favorece aos credores particulares nos conflictos com 03 credores sociaes, pois aquelles não podiam regularmente conhecer a existência de uma sociedade não registrada, nem publicada, ao passo que aos credores sociaes incumbia averiguar a realidade, e pódem reputar-se culpados por não terem inferido do silencio do registro a constituição irregular da sociedade <sup>(24)</sup>.

No caso de ser requerida a fallencia da sociedade de facto pelos credores sociaes, os credores particulares têm o direito de se oppôr á decretação dessa medida, porquanto juridicamente contavam com todo o património do devedor, incluídas as entradas com que clandestinamente concorreu para a sociedade irregular, como bellamente ensina Vivante, cuja doutrina judiciosa e autorizada em quasi tudo se adapta ao direito commercial pátrio, neste interessante capitulo das sociedades de facto.

## **DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO**

### **DA NATURALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS NA ORBITA DO DIREITO CIVIL**

I. A naturalização, segundo Folleville, é um acto do poder publico (em certos casos um beneficio da lei), em virtude do qual um estrangeiro perde a nacionalidade de origem e adquire a qualidade de

---

<sup>23</sup> VIVANTE, loco citato.

<sup>24</sup> VIVANTE, n. 308.

cidadão de um outro Estado, em que é admittido a gozar dahi por diante de todos os direitos civis concedidos aos naturaes do paiz (<sup>1</sup>). Não é exacta a definição, porquanto em certos casos o naturalizado, além dos direitos civis, também pôde exercer os direitos políticos consagrados pelas leis do Estado que o recebe.

Weiss define: a naturalização é um acto soberano e discrecionario do poder publico, em consequência do qual uma pessoa adquire a qualidade de nacional ou de cidadão em um Estado a que não se achava ligada por nenhum vinculo legal anterior (<sup>2</sup>). A qualidade de nacional, com todos os direitos que lhe são inherentes, só excepcionalmente é conferida pela grande naturalização. A regra consiste em adquirir o naturalizado a capacidade de excercer os direitos civis da nova pátria, com alguns direitos políticos.

No conceito do jurisconsulto pátrio, o conselheiro Ribas, a naturalização é o acto pelo qual uma nação adopta como seu um membro de outra, declarando este preferil-a á sua anterior nacionalidade (<sup>3</sup>). Como bem notou o Visconde de Ouro Preto, esta difinição contém uma condição essencial da naturalização, a declaração de preferencia da nacionalidade(<sup>4</sup>). Quer se trate da naturalização individual, quer da collectiva, são necessárias sempre duas acções conjunctas e simultâneas, a do naturalizado e a do Estado que o recebe em seu grémio. Por outro lado, porém, a definição de Ribas não nos dá idéa precisa dos direitos adquiridos pelo naturalizado.

Em monographia escripta sobre esta matéria, Gorrini resume a sua doutrina, dizendo que a naturalização é o acto do poder executivo, ou legislativo, por força do qual um individuo ou um conjuncto de indivíduos,

---

<sup>1</sup> *Traite Théorique et Pratique de la Naturalisation*, n. 2, Pariz, 1880.

<sup>2</sup> *Droit International Prive*, tomo 1o, pag. 281, Parte, 1892.

<sup>3</sup> *Direito Administrativo Brasileiro*, pag. 269, Rio de Janeiro, 1866.

<sup>4</sup> *Direito*, vol. 30, pag. 321.

extranhos a um Estado, passam a gozar de todos, ou de parte dos direitos conferidos unicamente aos cidadãos <sup>(5)</sup>. Gorrini accentua bem que a naturalização ora confere todos os direitos próprios dos cidadãos do novo Estado, ora somente parte. Mas, omite a condição essencial da acquiescencia do naturalizando, e apresenta-nos como único effeito da natureza o gozo de todos, ou de parte dos direitos peculiares aos cidadãos, quando é indubitável que a naturalização também impõe obrigações, equiparando ou quasi equiparando a posição jurídica do naturalizado á do cidadão nato.

Aproveitando o que ha de verdadeiro em cada uma das definições transcriptas, parece-nos que bem podemos dizer que a naturalização é o acto do poder publico, legislativo ou executivo, em virtude do qual uma pessoa, ou u mconjuncto de pessoas, mediante sua livre acquiescencia, adquirem a qualidade de cidadãos de outro Estado, e passam a gozar de todos ou ae parte dos direitos peculiares aos naturaes do paiz.

II. Em Roma já havia a concessão do direito de cidade,, individual e collectiva. A *donatio civitatis* e a *erroris causae probatio* são, por assim dizer, os germens do instituto da naturalização. Mas, o direito de cidade em Roma era um favor que a *urbs* fazia, ou uma medida dictada por conveniências politicas, muitas vezes para evitar insurreições e guerras sociaes. A naturalização, com o character jurídicoque hoje tem, é instituto exclusivamente moderno <sup>(6)</sup>.

III. A naturalização se divide em ordinária, ou pequena naturalização, e extraordinária, ou grandenaturalização. Denomina-se ordinária, ou pequena, a naturalização em virtude da qual o estrangeiro adquire a nacionalidade, mas não é equiparado aos cidadãos natos, por

---

<sup>5</sup> *La Concessione della Cittadinanza*, pag. 12, Voghera, 1890.

<sup>6</sup> GORRINI, ob. cit., cap. 1º; WEISS, ob. cit., paga. 284 e aega.

não ter os mesmos direitos políticosque estes, nem consequentemente a mesma capacidade para exercer todas as funcções publicas. Extraordinária, ou grande naturalização é a que confereao naturalizado, além de todos os direitos de ordemcivil, todos os direitos políticos de que gozam os naturaes do paiz. Exemplo da naturalização extraordinária nos offerece a Colômbia na America Hespanhola. Em nosso paiz o que ha, é a naturalização ordinária, ou pequena naturalização; porquanto, postoque apto em geral para o exercício dos direitos políticos conferidos aos cidadãos natos, como os cargos de ministro e secretario de Estado, deputado, senador, etc, o naturalisado não póde ser presidentenem vice-presidente da Republica, sendo esta a única excepção ou restricção imposta aos cidadãos naturalizados.

A naturalização no Brasil, pois, não dá azo ás controversias que se suscitam em outros paizes, como, por exemplo, a Itália, onde muito se tem discutido a questão de saber se o naturalizado póde ser jurado <sup>(7)</sup>. Entre nós a naturalização abre acesso a todos os cargos e funcções publicas, com a unica limitação apontada.

A naturalização também se divide em individual e collectiva. Collectiva - a que recae sobre um povo ou parte d'elle em consequência da annexação. Individual - a que só aproveita a uma determinada pessoa <sup>(8)</sup>. Tanto a collectiva como a individual são voluntárias; visto como, no caso de se annexar parte de um Estado a outro (e é o que se dá geralmente), os originários e os habitantes da região annexada, em regra, têm o direito de opção <sup>(9)</sup>. A naturalização só é forçada, por não ser possível o direito de opção, quando um Estado absorve completamente outro <sup>(10)</sup>.

---

<sup>7</sup> GORRINI, *op. cit.*, cap. 2º.

<sup>8</sup> *Direito*, vol. cit., pag. 322.

<sup>9</sup> FOLLEVILLE, obra citada, ns. 263 e sega. (10) FOLLEVILLE, n. 267.

<sup>10</sup> FOLLEVILLE, n. 267.

IV. No Brasil, ao Congresso Federal foi conferida competência exclusiva para legislar sobre naturalização (Const. Federal, art. 34, n. 24), o que é um conollario lógico do regimen constitucional adoptado. Os presidentes e governadores de Estados só poderão conceder cartas de naturalização, se essa incumbência lhes fôr confiada pelo Governo federal, de accôrdo com o disposto no art. 7º, paragrapho 30, da Const. Federal.

O aviso de 14 de janeiro de 1893, expedido pelo ministério da justiça e negócios interiores, contém a enumeração de todas as nossas leis, decretos e avisos, acerca da naturalização, no regimen imperial e no vigente (<sup>11</sup>). Além dos actos mencionados no aviso, temos a lei n. 904, de 12 de novembro de 1902, que exige, para a concessão do titulo de naturalização, prova de: I) identidade de pessoa; II) maioridade legal III) residência no Brasil por dois annos, no minimo; IV) bom procedimento moral e civil, provado por documento official. O naturalizado só póde ser eleito senador depois de seis annos de residência no paiz, e deputado depois de quatro. Não é permittida a naturalização dos estrangeiros que estiverem pronunciados, ou condemnados, por algum dos crimes referidos no art.13 da lei; nem a naturalização subtrae o naturalizado ás obrigações por elle contrahidas no paiz de origem antes de sua desnacionalização.

V. Posto que seja nosso intento tratar exclusivamente das consequências da naturalização no que concerne ao direito civil, que é onde se deparam ao jurista maiores difficuldades, escreveremos antes duas palavras acerca dos effeitos da naturalização no direito penal e no direito commercial.

A lei penal é applicavel a todos os indivíduos, sem distincção de nacionalidade, que perpetrarem Crimes em território brasileiro (art. 4º do Código Penal). E' também applicavel a lei penal ao nacional, ou estrangeiro, que regressar ao Brasil, espontaneamente ou por extradição,

---

<sup>11</sup> Vide *Gazeta Jurídica*, de S. Paulo, vol. 1º, pag. 293.



tendo commettido fora do paiz os crimes constantes do art. 5º do Cod. Penal.

Tratando-se, pois, de delictos (no sentido amplo do termo) commettidos no território brasileiro, e que no Brasil tenham de ser julgados. nenhuma distincção ha que fazer entre Brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros.

Se um estrangeiro pratica em território brasileiro um dos crimes cujos autores estão sujeitos áextradição, e depois se ausenta, ou fora do paiz algum dos delictos referidos no art. 5.º do Cod Penal; tem applicação o disposto nesse artigo, e o estrangeiro delinquente está sujeito ao julgamento extraditado.

Ha, entretanto, uma regra de direito internacional privado, em virtude da qual o Estado a que é pedida a extradição, tem o direito de a negar, desde que o criminoso seja cidadão do Estado requerido. Posto que combatida por Fiore com excellentes e brilhantes argumentos, a regra iuridica mencionada é ensinada pela grande maioria dos publicistas e consagrada pela grande maioria dos tratados internacionaes. *"Aux yeux du plus grand nombre de des júriconsultes les plus autorises, et aux termes de la plupart des Codes, il est admis comme une réale certaine que le national de l'Etat requis ne saurait, en aucun cas, être libre. Mais, cette doctrine est combattue par une minorité qui a bien se valeur"* <sup>(12)</sup>. Se, porém, o criminoso é um cidadão naturalizado, e o crime foi perpetrado antes da naturalização, tem cabimento a extradição? A hypothese não é destituida de interesse pratico, e já se tem realizado no Brasil. Um Italiano, um Francez ou um Allemão, por exemplo, obtém a naturalização em nosso paiz. e mais tarde, por se verificar que praticou um crime antes de se naturalizar, é requisitada a sua extradição pelo

---

<sup>12</sup> FIORE. *Traité de Droit Penal International et de l'Extradition*, trad. de C. ANTOINE, Paris, 1880, vol. 2º, n. 344.

governo do seu paiz de origem. O criminoso já é cidadão brasileiro naturalizado. Deve ser concedida a extradição? A boa, a verdadeira doutrina é que sim. A naturalização não tem effeito retroactivo, como daqui a pouco veremos proclamado por todos os publicistas e jurisconsultos autorizados. *"Cette auestion a été écartée dans certains traités par l'insertion de la clause expresse, que l'exception en faveur des natio-naux ne doit pas s'étendre aux individus qui ont obtenu la naturalisation apres la perpétration du délit. Il en est ainsi dans les connentions conclues par le royaume d'Italie avec la grande Bretagne (article 4) avec la Grece (article 6), et avec le Brésil (article 2). En l'absence de toute clame a ce sujet, il nous semble que cette stipalation doit néanmoins être prèsumée sous entendue dans les traités. Si, en effet, on peut justifier l'application de la loi de l'E'tat pour la répression d es délits commis par le national en territoire etranger, on ne saurait certainement justifier l'application de la loi de l'E'tat. pour reprimer un delit commis piar un individu avant quil nait acquis la natiottalite de cet E'tat. Autrement on donnerait a cette loi un effet retroatif"* (<sup>13</sup>). Lição idêntica é a de Weiss, que nos affirma estar a jurisprudência internacional de accôrdo com a sua doutrina, que resume do seguinte modo: a questão de nacionalidade nestes casos deve ser apreciada, tendo-se em atenção o momento em que o delicto é praticado, e não o tempo em que o réo é preso, ou processado (<sup>14</sup>).

A regra de direito internacional, em summa, nesta matéria é que o estrangeiro, que, depois de ter commettido em seu paiz de origem um crime dos em que a extradição é permittida, se naturaliza em outro Estado, deve ser extraditado, porquanto a naturalização não tem effeito retroactivo, não se estende ao passado.

---

<sup>13</sup> FIORE, *op. cit.* n. 375.

<sup>14</sup> *Traité Théorique et Pratique de Droit International Privé*, Pariz, 1892, tomo 1o, paga. 351 o 352.

Esta regra tem sido consagrada em tratados feitos pelo Brasil com diversas potencias européas, como na convenção com a Itália, citada por Fiore, de 12 de novembro de 1872, e no tratado de extradição com a Inglaterra, de 13 de novembro de 1872, promulgado entre nós pelo dec. n. 5.385, de 1 de setembro de 1873, apontados por Weís como um dos mais adiantados neste assumpto.

Quando nas convenções e tratados não é incluída expressamente, a citada regra se presume hoje tacitamente aceita, segundo se vê em Fiore (n. 375).

Entretanto, em diversos tratados está expressamente estipulado que nenhum súbdito de uma nação será entregue a outra, ou extraditado, para ser julgado pelas justiças do iogar do crime. Tal é a disposição contida no art. 2º do tratado de extradição celebrado entre o Brasil e a Allemanha em 17 de setembro de 1877, e promulgado entre nós pelo decreto n. 6.846, de 25 de junho de 1878. Em tal caso, a jurisprudência brasileira tem entendido que o naturalizado no paiz, depois de ter commettido um delicto na sua pátria de origem, deve ser processado e julgado pela justiça estadual brasileira, de accordo com o disposto na lei n. 2.615, de 4 de agosto de 1875, no decreto n. 6.934, de 8 de junho de 1878, e com o art. 5º do Código Penal. Nesse sentido temos o jurídico accordam do Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo, de 6 de dezembro de 1892, no processo em que era réo Bruno Klaussener von Hof, allemão naturalizado brasileiro. <sup>(15)</sup>.

VI. Segundo preceitua o art. 30 do Cod Commer-cial, todos os actos de commercio praticados por ex-trangeiros residentes no Brasil serão regulados e decididos pelas disposições do mesmo codigo.

---

<sup>15</sup> *Gazeta Jurídica*, de S. Paulo, vol. 1º, pag. 183.

Se nesta matéria nenhuma distincção ha entre brasileiros e estrangeiros, seria absolutamente ocioso indagar as consequências da naturalização do estrangeiro commerciante.

E' no art. 30, § 1º, do regul. n. 737, de 25 de novembro de 1850, que se nos depara alguma coisa da esphera do nosso estudo. Ahi se estatue que as leis e usos commerciaes dos paizes estrangeiros regulam as questões sobre o estado e idade dos estrangeiros residentes no paiz, quanto á capacidade para contratar, não sendo os mesmos estrangeiros commerciantes matriculados.

Em primeiro lugar, a distincção entre commerciantes estrangeiros matriculados e não matriculados, para o fim de sujeitar os primeiros ás leis brasileiras nas questões relativas ao estado e idade (na linguagem do regul.), e os segundos ás dos respecti-vos paizes, é um absurdo tão repugnante aos rudimentos do direito, que, com razão disse T. de Freitas, deve reputar-se não escripta (<sup>16</sup>). A matéria é do domínio do direito internacional privado; a capacidade dos estrangeiros é regulada pelas leis dos seus respectivos paizes, pouco importando que o negociante seja, ou não, matriculado. A matricula absolutamente não produz, não pôde produzir (porque o direito internacional o veda) o effeito, que só á naturalização é dado, de alterar as normas jurídicas reguladoras do estado e capacidade do estrangeiro.

As leis estrangeiras regulam as questões sobre o estado e idade dos estrangeiros commerciantes no Brasil. Verificada a naturalização de um commer-ciante estrangeiro, quaes as consequências do facto sobre a capacidade do naturalizado?

A resposta a esta pergunta tem seu logar na segunda parte do nosso estudo, effeitos da naturalização na orbita do direito civil.

---

<sup>16</sup> *Additamentos*, vo. Io, pag. 298.

VII. Duas questões preliminares se apresentam a quem investiga os efeitos da naturalização na orbita do direito civil. A naturalização do marido im-porta a da mulher? Naturalizado o pai de família estão *ipso facto* naturalizados os filhos *menores*?

E' preciso não confundir a primeira questão com a resolvida pela nossa lei n. 1.096, de 10 de setembro de 1860, lei que ainda está em vigor, como declarou o aviso, já citado, de 14 de janeiro de 1893, do ministério da justiça e negócios interiores, porquanto não foi revogada, nem está em antinomia com qualquer dos artigos da Const. Federal, neste ponto conforme á Const. de 25 de março de 1824. A lei de 1860 declara que a estrangeira que casar com brasileiro, seguirá a condição do marido, assim como a brasileira que casar com estrangeiro, seguirá a condição deste.

Em tal caso, é a naturalização consequência do casamento, acto querido, praticado voluntariamente pela mulher, e consequentemente não ha nacionalidade imposta, possibilidade de surpresas, ou de abusos e fraudes que por ventura pratique o marido em prejuízo da mulher. Admittida a naturalização da mulher como effeito necessário da do marido, sem que da parte daquella haja qualquer declaração de vontade, o resultado será poder o marido a seu talante, á feição de seus interesses, mudar a nacionalidade da mulher, como bem demonstra Laurent <sup>(17)</sup>.

Se assim claudica a doutrina pelo lado das consequências gravissimas que delia decorrem, não menos inaceitável é, quando se attenta no principio em que assenta. A aquisição de nova nacionalidade é um contrato pessoal <sup>(18)</sup>. Já desde o direito romano a mudança de

---

<sup>17</sup> *Le Droit Civil International*, vol. 3º, ns 162 e 163.

<sup>18</sup> FIORE, *Droit International Privée*, ns. 66 a 68.

nacionalidade era reputada acto pessoal <sup>(19)</sup>. A doutrina jurídica, pois, é a dos que sustentam não importar a naturalização do marido a da mulher, excepto quando esta igualmente manifesta a vontade de mudar de pátria <sup>(20)</sup>.

Entretanto, não é essa a theoria que tem sido aceita entre nós. Baseando-se na lei n. 808, de 23 de junho de 1855, Que nesta parte se acha em geral reproduzida na lei de 12 de novembro de 1902, Pimenta Bueno entende que em nosso paiz a naturalização do marido acarreta sempre a da mulher, doutrina que considera suficientemente fundamentada pela necessidade de manter a unidade dos direitos da família <sup>(21)</sup>. A razão de ser da opinião do publicista e jurisconsulto pátrio é vantajosamente combatida por Fiore e Folleville, nas passagens indicadas.

VIII. Pelos mesmos fundamentos a naturalização do pai não importa a dos filhos menores <sup>(22)</sup>. Ainda nesta parte a opinião que tem prevalecido em nosso paiz é a de que, pela necessidade de manter a unidade jurídica na família, os filhos menores que vivem em companhia do pai, mudam de nacionalidade pela naturalização do pai <sup>(23)</sup>.

IX. Quaes os efeitos da naturalização no que concerne aos direitos civis do naturalizado?

Um principio superior domina a matéria, aceito por todos os publicistas, sem a menor discrepância: a naturalização não tem efeito retroactivo. Eis as palavras de Calvo: "*La naturalisation n'a point d'effet*

---

<sup>19</sup> GAIO, *Institutas*, liv. Io, § 93 e segs.

<sup>20</sup> FOLLEVILLE, ns. 553 a 555

<sup>21</sup> *Direito Internatioinal Privado*, n. 67.

<sup>22</sup> FIORE, n. 68 ; FOLLEVILLE, na. 544 e 551

<sup>23</sup> PIMENTA BUENO, *ibidem*.

*rétroatif. La condition de l'étranger naturalisé se trouve réglée par la loi du pays d'adoption dès le moment de la naturalisation, mais seulement à partir de ce moment — la; sa condition antérieure reste soumise à la loi d'origine', d'où il suit qu'en règle générale toutes les questions de capacité se référant à des faits accomplis avant la naturalisation devront être appréciées d'après la loi d'origine du naturalisé. La naturalisation n'altère en rien les droits acquis avant son accomplissement, ni même les conséquences légales qui découlent de ces droits antérieurs. Mais, de même que le changement de nationalité ne porte point atteinte aux droits acquis en faveur du naturalisé il ne peut non plus en porter aux droits acquis contre lui" (Manuel de Droit International, Public et Privé, § 189). Do mesmo sentir Fiore <sup>(24)</sup> e Weiss <sup>(25)</sup>. A lição de Folleville vale a pena reproduzir textualmente: "Qu'il s'agisse d'une naturalisation proprement dite ou par le bienfait de la loi: peu importe Dans tous les cas, il y a absence complète de rétroactivité. Ce' est d'ailleurs, un principe tellement nécessaire, qu'il n'a pas besoin d'être justifié <sup>(26)</sup>).*

Todos os actos praticados pelo estrangeiro, acrescenta Weiss, todas as obrigações por elle assumidas, antes da naturalização, devem ser respeitadas, e, se não são contrários á ordem publica internacional, podem ser invocados perante os tribunales do paiz adoptado.

Nem ao estrangeiro é licito, para se furtar ás consequências dos seus actos jurídicos anteriores, ou do seu anterior estado, invocar - por exemplo - que, ao tempo em que se obrigou, não tinha attingido a maioridade - segundo a lei da nova pátria; basta que nessa época tenha sido capaz segundo o direito de seu paiz de origem <sup>(27)</sup>.

---

<sup>24</sup> *Delle Disposizioni Generali*, vol. 2º, n. 253.

<sup>25</sup> *Droit International Privé*, vol. Iº, pag. 348.

<sup>26</sup> Obra citada, n. 560.

<sup>27</sup> Obra citada, vol. 1º, pags. 349 e 350.

Laurent nos explica muito clara e precisamente-quaes os efeitos da naturalização na esphera do direito civil. Sua doutrina está synthetisada nas seguintes palavras: *"Le changement de nationalité n'a pas d'effet quant au passe, en ce qui concerne le statut personnel. I ci la matiere des status touche a celle de la non - rétroactivité"* <sup>(28)</sup>. Consequentemente, indagar quaes os efeitos da naturalização sobre os direitos civis do naturalizado, equivale a averiguar quaes os efeitos da promulgação de uma nova lei na vida civil dos cidadãos de um Estado.

Quando se trata de relações de direito de tal natureza, que as leis respectivas não têm effeito re-l troactivo, também a naturalização não produz effeito retroactivo. Nos casos em que a lei se estende ao passado, também a naturalização produz o mesmo effeito.

Estabelecer essas verdades geraes, por todos acceifas, inconcussas, é fácil. Dellas deduzir regras especiaes - difficillimo. Vamos applicar os princípios firmados a algumas das principaes questões que mais frequentemente podem suscitasse.

E' manifesto que temos implicitamente partido da doutrina de que o estatuto pessoal depende da nacionalidade, e não do domicilio.

Se adoptássemos esta ultima theoria, outra seria a direcção do nosso estudo.

X. A naturalização modifica o estatuto pessoal do naturalizado, altera-lhe o estado e a capacidade, visto como a capacidade não é direito adquirido. Segundo o art. 320 do Cod. Civil Hespanhol, a maioridade começa aos 23 annos. Supponhamos que um Hespanhol, tendo 22 annos dê idade, se naturalize no Brasil. Deixará de ser menor, porque aos 21 annos termina a menoridade em virtude do direito da nova pátria. Se, pelo contrario, o naturalizado fôr um Turco, e adouirir a nacionalidade

---

<sup>28</sup> Obra citada, vol. 3º, n. 234.



brasileira aos 18 annos, por exemplo, de idade em que já é maior no seu paiz, passará a ser menor até aos 21 annos na pátria de eleição <sup>(29)</sup>. A idade em que começa a maioridade, em summa, será determinada pelo direito da nova pátria <sup>(30)</sup>.

Se a capacidade não é um direito adquirido, della — entretanto — podem decorrer direitos irrevogáveis. Assim, os contratos celebrados pelo maior que em virtude da naturalização se torna menor, são validos, e a naturalização em nada os modifica <sup>(31)</sup>.

Rejeitado o principio do domicilio, e acceito o da nacionalidade, não têm cabimento as distincções feitas por Savigny acerca da maioridade, como demonstra Laurent <sup>(32)</sup>.

XI. A mudança de nacionalidade, é ocioso dizel-o, não influe no casamento celebrado validamente, de accôrdo com as leis da primitiva pátria.

A mudança de nacionalidade não invalida, nem modifica, os contratos feitos anteriormente, assim como não revalida nenhum acto jurídico nullo; e, portanto, não pôde alterar os effeitos do casamento, contrato sui generis, de que depende a ordem social <sup>(33)</sup>. Esta regra presuppõe o casamento celebrado de accordo com os bons costumes, ou, mais precisamente, com as leis reguladoras das condições de conservação da sociedade. Assim, por exemplo, naturalizado um estrangeiro polygamo, por ser legal a polygamia no seu paiz de origem, em um Estado que considera um delicto essa forma de união sexual, o casamento polygamico não é admittido, ou reputado valido no estado naturalizante

---

<sup>29</sup> Na Turquia a menoridade termina ao 15 annos, segundo attesta Del VECCHÍO, La famiglia riipetto alla società civile e al problema sociale.

<sup>30</sup> LAURENT, obra citada, vol. 3o, ns. 288 e 289.

<sup>31</sup> LAUBBST, ibidem.

<sup>32</sup> Ibidem, eu. 287.

<sup>33</sup> LAURENT, n. 290.

(<sup>34</sup>). Quando, porém, as condições do casamento, estabelecidas pelas leis do paiz de origem, são diversas das que fixa o direito da nova patria, mas essas condições não interessam á conservação da sociedade (e é isto o que se verifica frequentemente), o casamento é considerado valido no Estado naturalizante. E' assim que pouco importa que o naturalizado tenha casado antes da idade exigida pelo direito da nova pátria, ou sem o consentimento dos ascendentes, quando esse direito o exige.

Essas e outras condições do matrimonio são regidas exclusivamente pelas leis do lugar e do tempo em que o contra to se effectua, o que nada mais é do que a applicação de uma conhecida regra da theoria da retroactividade das leis, theoria que nos fornece os princípios e os preceitos applicaveis ás questões do nosso estudo, conforme já vimos (<sup>35</sup>).

São effeitos do casamento a relativa incapacidade civil da mulher e o poder marital. Dada a naturalização, por que leis se regulam esses factos? Sé a naturalização comprehende o marido e a mulher, não ha motivo para controvérsias: é a lei da nova pátria que regula o poder marital e a incapacidade da mulher (<sup>36</sup>), o estado e a capacidade dos naturalizados. A matéria só offerece difficuldades, quando se tem de resolver as questões dentro da theoria dos que, baseados no principio da personalidade da naturalização, entendem que a naturalisação do marido não se estende á mulher. Laurent é Folleville tratam deste ponto, para nós destituído de interesse pratico; pois, como já vimos, em nosso paiz tem sido admittida a doutrina que, attendendo á necessidade de ser uno o direito da família, considera a naturalisação da mulher uma consequência juridicamente necessária da do marido, doutrina aliás acceita por diversas; nações cultas.

---

<sup>34</sup> LAURENT, n. 290.

<sup>35</sup> LAURENT. n. 299.

<sup>36</sup> LAURENT, n. 297.

XII. O regimen de bens da sociedade conjugal é estabelecido por convenção, por um contrato antenupcial, ou, na falta deste, por disposição da lei. Neste ultimo caso, e segundo a melhor doutrina, o que temos é uma convenção tacita. O legislador presume que os cônjuges querem viver sob o regimen da communhão de bens, e os esposos, conhecendo previamente o preceito legal, aceitam voluntária e tacitamente esse regimen, quando não fazem uma convenção expressa em contrario.

Adoptado um regimen qualquer dos permittidos pelo direito por ocasião de se celebrar o casamento, qual o effeito da naturalização neste particular?

Na doutrina dos que ensinam que a naturalização do marido não importa a da mulher, não ha razão para hesitações: a naturalização do marido, sem a da mulher, em nada modifica o regimen patrimonial da sociedade conjugal. Se, porém, se admittir que a naturalização do marido produz como effeito a da mulher, ou se ambos os cônjuges se naturalizarem conjuncta livremente, ter-se-á por isso alterado o regimen de bens do casal? Folleville entende que sim, desde que a lei da nova pátria disponha diversamente. Pouco importa, acerescenta elle, què a lei do paiz de origem declare irrevogável o regimen matrimonial; a revogabilidade, ou irrevogabilidade, desse regimen é preceito de ordem publica, e cada paiz estatúe livremente suas regras jurídicas de ordem publica. Nem se objecto, ainda é Folleville quem disserta, que o esposo mais fraco pôde ser do-minado e lesado pelo mais forte; nada obrigava aquelle a mudar de pátria. E por aqui se vê que Folleville não admitte que a naturalização do marido acarrete a da mulher. Cremos que essa doutrina não está de accôrdo com os princípios firmados pelo próprio escriptor, cujas idéas resumimos. Quer a mulher se tenha naturalizado conjunctamente com o marido por acto de sua livre vontade, quer a naturalização tenha decorrido somente da do marido, pare-ce-nos que a

verdade está com Laurent e com todos aqueles que sustentam não importar a naturalização modificação de qualquer espécie no regimen patrimonial dos cônjuges. Nas convenções matrimoniaes, doutrina Laurent, a lei nada impõe ás partes; são estas que fazem a lei sob cujo império querem viver. No caso, pois, de modificação nas leis, não ha conflicto entre duas leis da mesma natureza, uma anterior e outra posterior; o que temos é de um lado a lei creada pelos próprios contratantes, que estabeleceram um regimen patrimonial irrevogável, e do outro disposições estatuídas pelo poder publico, e portanto regras de natureza diversa <sup>(36)</sup>.

O fundamento principal da nossa opinião é que a matéria sobre a qual escrevemos está sujeita, no consenso unanime dos jurisconsultos e dos publicistas, aos princípios e ás regras da theoria da retroactividade das leis. E' o que por seu turno ensina Gabba, reproduzindo a lição de Weber, Meyer, Savigny e outros. Todos estão concordes em que *"in quei casi nei quali si puo applicare la legge nuova ad anteriori contingenze, si possa anche applicarla a contingenzel verificatesi in estero Stato, sulle qual si debba decidere nello Stato, e che non si possa applicare la legge nuova in quei casi nei quali la legge estera dovrebbe essere applicata invece della nazionale"* <sup>(37)</sup>. Para termos uma idéa exacta do que é direito adquirido, precisamos estudar o assumpto na theoria da retroactividade e no direito internacional privado: *"Il concetto completo dei diritto acquisito non e soltanto il concetto di un diritto acquistato in un tempo determinato, ma il concetto eziandio di un diritto acquistato in un determinato luogo"* <sup>(38)</sup>. Posto que partindo de dois princípios diversos, a theoria da retroactividade das leis e o direito

---

<sup>36</sup> LAURENT, vol. 3º, na. 298 a 300.

<sup>37</sup> Teoria della Retrovità delle Leggi, vol. 1o, pag. 135, Turim, 1884.

<sup>38</sup> GABBA, vol. cit., pag. 136.

internacional privado sobre esses dois princípios fundamentaes diferentes estabelecem os mesmos princípios e as mesmas regras (<sup>39</sup>).

Ora, na theoria da retroactividade das leis está assentado como *"principio generalmente ricevuto dagli crittori e dai tribunali, e consentâneo alla nostre precedenti dottrine, sia intorno alla retroattività in generale, sia intorno alla retroattività delle legge concernenti le obbligazioni ed i contratti, che il contratto matrimoniale, e, più in generale parlando, rapporti patrimoniali dei coniugi, debbansi in ogni thempo e in tutti i loro effetti regolare secondo la legge sotto il cui impero il matrimonio é stato conchiuso, e propriamente non soltanto rispetto alie espresse patuizioni di coniugi, ma altresì rispetto alie loro tacite convenzioni, desunte dalle leggi o dalle consuetudini vigenti, alla quali si deve ritenere che i coniugi col loro silenzio abbiano inteso riportari"* (<sup>40</sup>). E em apoio desta doutrina cita Gabba uma torrente infinita de jurisconsultos.

Que são as leis vigentes ao tempo da celebração do matrimonio as que regem as convenções matrimoniaes durante todo o decurso da sociedade conjugal, era principio já firmado pelos romanos na Const. única do Cod., *de rei uxoriae actione*, e no cap. 1.º da *Novella 22*.

Demais, como reconhece o próprio Folleville, esta doutrina que aceitamos, é a única a offerecer garantias aos direitos e interesses dos cônjuges e aos direitos dos terceiros com quem elles contratem.

XIII. A lei que permite, ou prohiibe, o divorcio, é de ordem publica, e por iso se applica aos factos passados, isto é, aos casamentos celebrados antes da promulgação da lei. Dada a retroactividade da lei que estatúe acerca do divorcio, facilmente se com-preendem os effeitos da naturalisação, no que toca a este assumpto.

---

<sup>39</sup> GABBA, pag. 137.

<sup>40</sup> GABBA, vol. 4º, pag. 345.

Naturaliza-se no Brasil um estrangeiro cujo paiz de origem permite o divorcio, e que se casou, portanto, sob o regimen de uma lei que não lhe vedava a dissolução do vinculo matrimonial. Poderá requerer seu divorcio no Brasil? Absolutamente não, pois nesta matéria não ha direitos adquiridas, as leis que regulam o estado e a capacidade das pessoas são leis retroactivas, como temos visto.

Naturaliza-se no paiz um estrangeiro divorciado, pois que no seu paiz de origem o divorcio é licito. Póde casar-se de novo no Brasil, que não admite o divorcio? Inquestionavelmente sim.

O art. 7 § 2., da lei n. 181, de 24 de janeiro de 1890, prohiibe o casamento ás pessoas ligadas por outro casamento ainda não dissolvido. O casamento de que se trata foi dissolvido pelo divorcio, e consequentemente desapareceu o impedimento dirimente de que cogita a lei. Nem se objecte que o art. 93 da citada lei só reconhece a dissolução do matrimonio pela morte de um dos cônjuges.

A objecção seria disparatada, porquanto o naturalizado, quando se divorciou, estava sujeito a uma lei que consagrava esse meio de dissolução do casamento, e não ao disposto na lei brasileira.

E' diante de exemplos como esse que Laurent, comprehendendo a razão fundamental da não retroatívidade da naturalização, exclama: o homem só pôde ter uma pátria, e, se a naturalisação retroagisse, teria duas pátrias. Realmente, dar-se-ia o absurdo sesquipedal de ficar uma mesma pessoa subordinada ao mesmo tempo ao direito civil de duas nações differentes.

Esposos cujo casamento foi celebrado em um paiz que não permitfe o divorcio, se naturalizam em um Estado onde o divorcio é licito. Podem divorciar-se? A resposta á pergunta tal como foi formulada, não é difficil. Dada a naturalização dos dois cônjuges, que por isso ficam sujeitos

ao direito civil da nova pátria em tudo o que diz respeito ao seu estado e capacidade, tem-se opinado geralmente que os naturalizados podem obter o divorcio, abrindo-se uma exceção única para o caso de naturalização fraudulenta, isto é, para a hypothese em que os cônjuges se naturalizem em um paiz que admite o divorcio, não com o fim de mudarem de pátria, mas somente para conseguirem o divorcio, para fraudarem a lei da sua nação (<sup>41</sup>).

Se um só dos consortes se naturaliza, e a naturalização não é fraudulenta, ainda se tem entendido que os tribunaes do paiz que permite o divorcio, verificado algum dos casos de dissolução do vínculo matrimonial, podem decretal-a. Só ha grande divergência quanto a poder o cônjuge pertencente ao Estado que não reconhece o divorcio contrahir segundo casamento. Folleville pensa que sim: mas, os seus argumentos não convencem (<sup>42</sup>).

XIV. A naturalização do pai e dos filhos menores produz o efeito de subordinar o patrio poder às normas jurídicas da nova pátria. Do momento da naturalisação por diante o pátrio poder deixa de ser regulado pelo direito do paiz de origem, para ser regulado pelo direito do Estado naturalizante. A'cerca deste ponto não pôde haver controvérsia justificável. A dificuldade surge, quando se dá a naturalização do pai sem a dos filhos menores. Não se supponha que esta hypothese é despida de interesse para nós, por ser doutrina acceita no paiz a de Pimenta Bueno, que reputa a naturalização dos filhos menores consequência juridicamente necessária da do pai. O próprio Pimenta Bueno limita a sua regra: a a naturalização do pai só importa a dos filhos menores que vivem em companhia delle. Consequentemente, sempre que o pai se naturaliza em nosso paiz, não tendo em sua companhia os filhos menores, no próprio conceito de Pimenta Bueno deve applicar-se a doutrina que se basêa no

---

<sup>41</sup> LAURENT, VOL. citado, o. 302.

<sup>42</sup> Obra citada n. 623.

princípio da personalidade da naturalização. O fundamento da unidade dos direitos na família não vai ao ponto de justificar a naturalização dos filhos menores neste caso especial. Temos, portanto, o pai naturalizado, e os filhos menores estrangeiros. Por que direito se regula o pátrio poder?

Primeiro que tudo, enunciemos uma verdade ociosa: o pai nas condições figuradas não deixa de ter o poder paternal. O direito que regula esse poder c o da nação a que pertencem os filhos a elle sujeitos<sup>(43)</sup>. Na organização jurídica do pátrio poder não é mais o interesse do pai, como em Roma, que predomina; é o do filho. Nada, pois, mais logico do que a conclusão que dessa verdade tira o direito internacional privado, sujeitando o pátrio poder neste caso ao direito do Estado de que são cidadãos os filhos menores.

XV. O estrangeiro não pôde ser tutor de um brasileiro <sup>(44)</sup>. Verificada a naturalização, desaparece a incapacidade.

Sendo o menor estrangeiro, deve dar-se-lhe um tutor de sua nacionalidade <sup>(45)</sup>.

Naturalizado um estrangeiro menor, o que só pode realizar-se em caso de anexação, porquanto o menor não pôde naturalizar-se *individualmente*, é manifesto que se lhe deva nomear um tutor brasileiro.

XVI. A naturalização de um estrangeiro não inibe os parentes do naturalizado de requererem a interdicção do mesmo, por loucura ou prodigalidade. A interdicção tem por fim conservar o património do interdicto, e assegurar a transmissão de seus bens a seus herdeiros legítimos. Desde, pois, que se trate de parentes do naturalizado que lhe tenham direito eventual á successão, não é licito negar-lhes o direito de

---

<sup>43</sup> FOLEVILLE, ns. 627 a 630.

<sup>44</sup> Aviso de 8 de junho de 1837. LAFAYETTE. *Dir. de Família*, § 148, C. Bevilaqua, *Dir. de Família*, § 81, CARVALHO (*Nova Consolidação*, atr. 1.652), entende que só esta excluido o estrangeiro não residente na Republica.

<sup>45</sup> P. BUENE, obra citada, n. 85.



promover a interdicção, pouco importando que esses parentes conservem a sua qualidade de estrangeiros <sup>(46)</sup>.

XVII. O direito de pedir alimentos, posto que fundado nas relações de parentesco, é um direito adquirido, dependente unicamente da condição de precisar o seu titular dos alimentos que a lei lhe assegura, conforme têm entendido a doutrina e a jurisprudência <sup>(47)</sup>. Consequentemente, naturalização de um indivíduo cuja nação de origem dá a obrigação de prestar alimentos maior extensão que o direito pátrio, não produz o efeito de libertar o naturalizado da prestação devida pela lei da sua primitiva pátria.

XVIII. No que toca aos direitos patrimoniais, em geral, não há distinção entre os efeitos da naturalização e os da promulgação de uma nova lei, isto é, sempre se aplicam os princípios e as regras da teoria da não retroactividade das leis, para o fim de se respeitarem os direitos adquiridos. É verdade proclamada por todos os juristas.

XIX. O direito de suceder em virtude de um testamento só é adquirido no momento da morte do testador; o direito de suceder em virtude da lei só é adquirido no momento da morte do de cujus <sup>(48)</sup>. "*La morte del de cujus é il punto di partenza per l'acquisto del diritto di succedere, cioè del diritto di accettare l'eredità per testamento o per legge*" <sup>(49)</sup>. Sendo assim, a consequência lógica é a que deduz Laurent, quando nos diz que inquestionavelmente a naturalização de uma pessoa modifica o direito de sucessão a que estava sujeita essa pessoa, como em geral os seus direitos civis, desde que não haja lesão de direitos

---

<sup>46</sup> FOLLEVILLE, NS. 649 a 651.

<sup>47</sup> FOLLEVILLE, NS. 654 a 663.

<sup>48</sup> GABBA, obra citada, vol. 3º, pag. 243.

<sup>49</sup> Obra citada, vol. 3º, pag. 259.

adquiridos <sup>(50)</sup>. Os parentes do naturalizado herdarão na ordem e de conformidade com o direito civil da nova pátria <sup>(51)</sup>.

XX. O estudo dos efeitos civis da naturalização é grandemente útil; porquanto, entre as duas doutrinas—a do *domicilio* e a da *nacionalidade* — esta ultima é a que tende a prevalecer. Triunfante no domínio da sciencia <sup>(52)</sup>, a doutrina da nacionalidade foi consagrada pelos dois melhores e mais adiantados codigos do século XIX, o Cod. Civil Italiano, (art. 6º da lei preliminar), que é o Cod. Napoleão retocado ou aperfeiçoado, e o Cod. Civil Allemão (art. 7º da lei de introdução).

Sobre a theoria do domicilio tem a da nacionalidade as duas grandes excellencias de: 1º, imprimir ao estatuto pessoal uma certa estabilidade, visto como a mudança de nacionalidade não é tão fácil, nem tão commum, nem dá tanto azo ás machinações da fraude, como a mudança do domicilio; 2º, facilitar, simplificar, nos limites do possivel, as complicadíssimas questões do direito internacional privado.

No Brasil é a theoria da, nacionalidade a que tem prevalecido<sup>(53)</sup>

XXI. Importa notar, finalmente, que a naturalzação só é valida, e produz os efeitos civis assignalados, quando não obtida fraudulentamente, ou para fins diversos da aquisição de uma nova pátria.

---

50 Obra citada, vol, 3o, n. 318,

51 Morrendo um cidadão naturalisado, que não deixe herdeiros, a herança, de accordo com o direito pátrio, é devolvida á Fazenda Publica.

Ainda na hypothese de ser o de cujus estrangeiro, a mesma regra de direito se applica, isto é, a Fazenda Publica é a herdeira dos estrangeiros que *fallecem no Brasil*, aqui deixando bens, c.mo se vê no relatorio do ministério do exterior de 1895. (*Direito*, vol. 68, pag. 328).

Vide também C. de Carvalho, *Nova Consolidação das Leis Civis*, arts. 31 e 32  
52 LAURENT, vol: 3o, n. 280.

<sup>53</sup> P. BUENO, obra citada, passim. CABLOS DE CABVALHO, *Nova Consolidação das Leis Civis*, art. 25.

Desse vicio é inquinada a naturalização, quando o naturalizado só tem em vista, por exemplo, subtrahir-se às conseqüências legais de um delicto perpetrado no paiz de origem, forrar-se aos incommodos do serviço militar, ou obter a decretação de um divorcio que as leis de sua nação anterior não permittiam. Tanto é verdadeiro o brocardo—*fraus omnia corntmpit*.

## **DIREITO ROMANO**

### **«PASSA AO COMPRADOR DA HERANÇA O DIREITO DE ACCBESCE ?»**

#### **I**

A morte de um *civis sui juris* produz na esphera do direito privado o effeito, quasi exclusivo, de extinguir os direitos de família de que era titular a pessoa physica.

A' excepção dos direitos patrimoniales ligados á pessoa, como, por exemplo, as servidões pessoas, todos os restantes, — tenham por objecto coisas corpóreas, ou incorpóreas, — bem como os créditos e dividas do morto, "cessam para elle, mas não com elle".

Sobrevive-lhe o património, isto é, o conjuncto das relações económicas, em que se achava por occasião de fallecer.

E' esse todo jurídico que se denomina hereditas, herança, no sentido objectivo da palavra.

A herança pôde ser defenda por testamento, ou em virtude da lei: dahi sua divisão em testamentária e legitima, ou *ab-intestato*.

A primeira das duas espécies é preferida no systema do direito romano. *Uti legassit super pesunia, tutelave suae rei, ita jus esto*, estatúe a lei das XII Taboas.

Somente no caso de não haver testamento, abre-se a sucessão legítima. *Si intestato moritur, cui suus heres nec sit, adgnatus proximus familiam habeto*, dispõe a mesma lei.

O que é inadmissível (sem olvidar a excepção aberta aos militares) é a coexistência das duas espécies de herança. *Nemo, pro parte testatus, pro parte intestatus, decedere potest*.

Deste principio decorre a seguinte consequência: — se entre os co-herdeiros testamentários algum não quer, ou não pôde, acceitar a herança, a *portio vacans* accresce aos quinhões dos outros herdeiros escriptos.

Por mais forte razão, quando entre os co-herdeiros legítimos se dá a mesma hypothese, tem applicação a mesma disposição legal.

O direito a essa portio vacans é o que se diz direito de accrescer, *jus adcrescendi*.

## II

O fundamento do *jus adcrescendi* é o principio de que o herdeiro, representando a pessoa do defuncto, deve succeder em todo o seu património.

Quando ha dois, ou mais herdeiros, testamentários, ou legítimos, suppõe-se que cada um delles é chamado a receber a herança *in solidum*. Se todos acceitam, os direitos idênticos de cada um soffrem necessariamente uma limitação reciproca, e torna-se então indispensável a divisão do património. Se, pelo contrario, algum ou alguns não querem,

ou não podem aceitar, os direitos rivaes dos outros co-herdeiros acham-se desembaraçados das circumstancias que os ameaçavam de uma redução. *Totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursi fieri* (fr. 80, de legatis, 3º).

E' essa força de elasticidade em virtude da qual o direito de cada um dos co-herdeiros attinge seu completo desenvolvimento, quando não é comprimido pelo concurso de pretensões, paralelas, que constitue o direito de accrescer. <sup>(1)</sup>

Por isso alguns jurisconsultos, em vez da expressão *jus adcrescendi*, empregam esta outra - *jus non decrescendi*, como mais em harmonia com o conceito que formavam os Romanos sobre o direito de accrescer. E, de facto, se cada um dos co-herdeiros deve ser considerado como tendo *ab initio* direito a toda a herança, se *o jus adcrescendi* não constitue uma aquisição nova, e se a *portio* que aceresce é apenas um accessorio do quinhão originário, a expressão *jus non decrescendi* é mais conforme á natureza das coisas.

Entretanto, para não destoarmos da linguagem consagrada, continuaremos a empregar a denominação — direito de accrescer.

Da noção exhibida e do fundamento assignalado do direito de accrescer deflue o interessante corollario de que este direito se realiza de modo necessário, obrigatório, e independente da vontade do herdeiro. Sendo este chamado eventualmente a succeder em toda a herança, desde que a aceita pela *aditio*, ou *pro herede gestio*, entende-se ter adquirido necessariamente as porções hereditárias que mais tarde acerescerem. *Qui semel aliqua ex parte heres exstiterit, deficientium*

---

<sup>1</sup> Vide a excellente *Diseertação sobre o direito de accrescer* de Machelard, professor de Direito Romano na Faculdade de Paris.

*partes etiam invitus excipit, id est, tacite ei deficientium partes etiam invito ad crescunt* (fr. 53, § 1º, *de acquirenda vel omittenda hereditate*).

Admittir a faculdade de rejeitar a *portio vacans* seria consagrar o erro de que se pôde aceitar parte da herança e repudiar outra parte, o que é expressamente proibido. *Ejus rei quoe legata est, exemplo heredis, partem adquirere, partem repudiare, legatarius non potest* (*Pauli sententiae*, liv. 3º, tit. 6º, § 12).

Duas exceções apenas se abriram a esta regra no caso de abstenção de um herdeiro necessário e no de restitutio in integrum de um menor de vinte e cinco annos contra a aquisição de uma herança onerosa.

Outra consequência preciosa que deriva dos princípios firmados, é a retroactividade do jus ad crescendi. Uma vez realizado o direito de acrescer, o herdeiro considera-se como tendo adquirido *ab initio* as duas porções hereditárias. *Quia retro accre-visse dominium ei videretur* (fr. 35, *ad legem Aquiliam*).

Os commentadores e expositores do direito romano costumam exprimir a necessidade, ou obrigatoriedade, e a retroactividade do direito de acrescer, sob esta formula: — *portio portioni (non personae) ad crescit*, que é uma traducção do fr. 26, § 1º, *de conditionibus et demonstrationibus*.

O terceiro característico do direito de accrescer é a proporcionalidade. A porção que acresce é adquirida por todos os co-herdeiros, não em partes eguaes, mas em proporção com as partes em que cada um foi instituído. Neste ponto, não fosse a utilidade da concisão, diríamos da theoria da *conjunctio re, re et verbis, et verbis tantum*.

Finalmente, o direito de accrescer verifica-se entre os co-herdeiros com os ónus impostos á *pars vacans*, — *cum onere*. A única excepção que se dava com os legados e fideicommissos instituídos nominatim foi eliminada pelos jurisconsultos clássicos, influenciados por um rescripto de Septimio Severo e Caracalla.

Não é possível comprehendermos o direito de acerescer em todas as phases por que passou em seu desdobramento histórico, sem conhecermos um conjunto de leis promulgadas nos primeiros tempos do período imperial e designadas pela expressão *leges caducariae*. Constituem o systema das leis caducarias a lei Júlia *de maritandis ordinibus*, a lei Papia Poppaea, e diversos senatusconsultos promulgados mais tarde sobre o mesmo objecto dessas leis.

As leis caducarias tinham um duplo fim: evitar a deserção do matrimonio, o que Augusto em sua errónea intuição sociológica acreditou possível conseguir por esse meio, e ao mesmo tempo abrir uma nova fonte de rendas para o erário. *Incitandis caelibus paenis et augendo erario*, diz-nos Tácito em seus "Annaes".

Segundo a lei Júlia, o *caelebs* — o homem, ou a mulher, fora do estado de justas núpcias, e que não tinha filho legítimo, ficava inhibido de receber a porção da herança, ou o legado, que lhe havia sido deixado.

Pela lei Papia Poppaea—o *orbis*—o homem, ou a mulher que, embora casado, não tinha sequer um descendente legítimo, vivo ou concebido, era ferido com a mesma privação, mas somente quanto á metade do quinhão hereditário ou do legado.

Tanto o *caelebs*, como o *orbis*, não careciam da *testamenti factio*, propriamente dita; o que lhes fallecia era somente o *jus capiendi*; e por conseguinte, se antes da morte do testador, ou do advento da

condição, realizavam as prescrições estabelecidas pelas leis caducarias, evitavam a sanção penal dessas leis.

As porções que se tornavam *vacantes* em virtude da proibição imposta aos *caelibes* e aos *orbi*, pertenciam aos *patres* chamados á mesma successão, isto é, aos homens casados, ou dispensados do matrimonio, que tinham ao menos um filho legítimo, vivo, ou concebido. Essa attribuição das *portiones vacantes* aos *patres* é o que se chama *caducorum vindicatio*. Ao envez do *jus adcrescendi*, a *caducorum vindicatio* não é necessária, e os interessados podem repudiar as *portiones vacantes*, que na falta de um pater eram devolvidas ao erário, e mais tarde, no tempo de Caracalla, ao fisco.

Entre os *caelibes* e os *orbi* de um lado e os pares de outro as leis caducarias instituíram uma classe intermédia, para a qual não ha penas nem recompensas. Compunham essa classe as pessoas que gozavam da *solidi capacitas*,—o direito de conservar sem restricções o quinhão que lhes havia sido deixado, ficando entretanto privadas do direito de accrescer, e as que tinham o *jus antiquum*,—o direito que competia aos ascendentes e descendentes até ao terceiro gráo inclusivamente de receberem não só o quinhão que lhes tinha sido assignado, como também as *portiones vacantes* dentro de certos limites.

Em absoluta opposição aos costumes romanos, perseguidas desde sua origem por uma impopularidade sempre crescente, fraudadas em sua execução por mil expedientes, as leis caducarias foram afinal revogadas por Constantino, que, imbuído das idéas do christianismo sobre a continência, não podia manter disposções legaes que feriam com tão graves penas o celibato e a viuvez. Entretanto, como era uma pingue fonte de rendas para o fisco, a *caducorum vindicatio* continuou a ser praticada com certas modificações.



Foi sómente no tempo de Justiniano que se apagaram os últimos vestígios das leis caducarias, e restabeleceu-se o direito de accrescer em sua plenitude.

### III

Dá-se uma *emptio-venditio*, quando uma pessoa se obriga a entregar uma coisa a outra pessoa, para que esta a adquira, mediante o pagamento de um preço estipulado. O vendedor não se obriga a *dare*, mas unicamente a *tradere, ut rem emptori habere liceat*.

Além das condições da capacidade das partes, do consentimento e do preço, vê-se que é requisito essencial da *emptio-venditio* uma coisa, *res*.

A *res*, objecto da venda, é tudo o que póde fazer parte do nosso património, ou que tem um valor economico, coisa corpórea ou incorpórea, presente ou futura. *Omnium rerum, quas quis vel habere vel possidere vel persequi potest, venditio recta fit* (fr. 34, § 1º, de *contrahenda emptione*). Exceptuam-se apenas as coisas que estão fora do *commercio*, ou cuja alienação é proibida.

Entre as *res* que podem ser objecto da *emptio-venditio* conta-se a *hereditas*.

Neste ponto cumpre fazer uma distincção. A *emptio-venditio* póde ter por objecto: — 1º, coisas pertencentes a uma herança, consideradas como bens determinados; 2º, direitos hereditários; 3º, simples pretensões hereditárias. A venda de bens determinados pertencentes a uma herança não offerece difficuldades, por estar sujeita ás regras communs que dominam a compra e venda. Por isso nos occuparremos unicamente com os dois casos seguintes.

Além das obrigações que decorrem geralmente de qualquer compra e venda, a *emptio-venditio* de uma hereditas cria algumas obrigações particulares entre o herdeiro e o comprador da herança, obrigações que se explicam pela natureza especial do objecto do contrato.

Em primeiro lugar, cumpre ter muito em atenção que, não sendo o fim da venda de uma herança a transferencia de objectos determinados (o que não offerece diffculdade alguma, como ficou dito), mas de todo o patrimonio, ou de uma quota—parte deste, a execução do contrato só se pôde obter pela collocação do comprador na posição jurídica do herdeiro, nas condições em que se acharia, se *ab-initio* tivesse adquirido uma herança, e não pela simples entrega das coisas pertencentes á herança, o que não seria jamais venda de direitos hereditários, *hereditas vendita*. *Inter e mentem et vendentem agatur, ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset* (fr. 2, principio, de *hereditate, vel actione vendita*). *Sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur, emptorem hereditatis vicem heredis obtinere* (fr. 2, § 18, *eiusdem tituli*).

Isto posto, segue-se que o comprador da herança, além da obrigação de pagar o preço estipulado, contrahe a de satisfazer as despesas feitas com os bens hereditários, bem como as sommas despendidas na solução dos compromissos da herança, e que o vendedor é obrigado a entregar os bens e a transmittir os direitos hereditários com todos os seus accessorios.

Entre esses accessorios estará incluída a porção repudiada pelos outros co-herdeiros?

Antes de responder, detenhamo-nos um pouco, e tracemos rapidamente mais um curto capitulo, que será como que um parenthesis.

#### IV

E' que no *direito antigo* o meio usado para a transferencia das heranças não era a *emptio-venditio*, mas, sim, a *in jure cessio*, cujo estudo relacionado póde ser que projecte alguma luz sobre a nossa these.

Com Accarias, que nada mais fez do que traduzir o *Commentario Segundo*, de Gaio, §§ 34 a 37 consideraremos as quatro hypotheses seguintes:

1.<sup>a</sup> Trata-se da *in jure cessio* feita por um herdeiro legitimo voluntário, ou externo, que ainda não adiu. Neste caso o herdeiro se torna inteiramente extranho á herança que cedeu, e o cessionário figura como verdadeiro substituto, recebendo a herança com todos os seus direitos, créditos e dividas, e até com os *sacra* do defuncto.

2.<sup>a</sup> A *in jure cessio* é feita por um herdeiro testamentario (externo) que ainda não adiu. Nesta hypothese os Romanos, por seu extremo respeito pelas ultimas vontades, consideravam nulla a *in jure cessio*, e o cedente conservava todos os seus direitos hereditários.

3.<sup>a</sup> O cedente é um herdeiro voluntário, testamentario, ou legitimo, que já fez adição da herança. Se se attendesse á confusão que no caso figurado se dá entre o património do *de cujus* e o do herdeiro, e se observasse rigorosamente a regra — *semel heres, semper heres* —, a consequência seria declarar impossível a transferencia da herança nas condições figuradas. Entretanto, não era esta a solução dada pelos jurisconsultos, que decompunham a *in jure cessio* em três cessões distinctas: uma applicada ás coisas corpóreas da herança; outra aos créditos, e uma terceira ás dividas. Quanto ás res corporales, considerava-se valida a transferencia feita; quanto aos créditos, julgavam-se extinctos, porquanto, se por um lado a *in jure cessio* não era um meio legal para a sua transferencia, por outro o herdeiro que assim

procedia, manifestava ter feito renúncia dos seus direitos creditórios; e, pelo que toca às dívidas, entendia-se que estas subsistiam, porque para os credores a *in jure cessio* era uma *res inter alios acta*, e não podia ficar ao arbítrio do herdeiro a extinção das dívidas a não ser pelo pagamento.

4.<sup>a</sup> O herdeiro cedente é um *heres suus et necessarius*, ou somente *necessarius*. Neste ponto havia divergência de opiniões entre as duas escolas dos Sabinianos e dos Proculianos. Para os primeiros era nulla a *in jure cessio*, ao passo que os Proculianos equiparavam esta hipótese à da cessão feita pelo herdeiro voluntário que havia adido.

Compreende-se que esta última solução se conformava mais com os princípios do direito romano pouco importando que o herdeiro adquirisse direito à herança pela adição voluntária, ou em virtude de disposição legal.

## V

Um ponto sobre o qual não há controvérsia, o que convém assinalar desde já, é que a questão que procuramos resolver só pode ser formulada, quando no contrato da *emptio-venditio* de uma hereditas não foi estipulada uma cláusula especial sobre o direito à *portio vacans*, o que era perfeitamente lícito. Desde que as partes contratantes se manifestavam a respeito, nada mais restava do que cumprir a sua vontade. *In hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea quae fuit cumraditur hereditas, an ea quae fuit cum hereditas venundatur, videndum erit? Et verius est, hoc esse servandum, quod actum est* (fr. 2, § 1o, de hereditate, vel actione vendita). De sorte que a nossa questão só é possível nos casos em que não houve convenção sobre o direito de accrescer.

Limitada assim a these, forçoso é confessar que em torno delia se tem travado a mais renhida controvérsia; e, se por um lado romanistas

exímios, como Cujacio <sup>(1)</sup>, Pothier <sup>(2)</sup>, Accarias <sup>(3)</sup>, Rivier <sup>(4)</sup>, têm opinado pela negativa, por outro jurisconsultos não menos notáveis, entre os quaes Bartholo <sup>(5)</sup>, Duaren <sup>(6)</sup>, Proudhon <sup>(7)</sup>, Maynz <sup>(8)</sup>, Serafiní <sup>(9)</sup>, têm respondido affirmativamente de modo não menos terminante.

Divergência tão funda, compreende-se, só pôde provir da ausência de textos expressos; e assim para a solução da controvérsia importa mais que tudo especular sobre os princípios exibidos.

Verdade é que, á vista das disposições contidas nos fragmentos 13, § 9º, e 54, *de hereditatis petitione* 41, *de jure fisci*, e constituição 1º do Código, *de hereditate vel actione vendita*, nos parece extreme de qualquer contestação o conceito de que passa ao comprador da herança o direito de accrescer, desde que o vendedor é o fisco.

Deixando, porém, de parte esse caso especial encaremos a these em sua amplitude.

Se attendermos á regra de que o vendedor de uma coisa se presume sempre vendel-a com todas as dependências naturaes, em sua plena integridade, a primeira consideração que nos suggere o estudo que temos feito dos princípios relacionados com a questão, é que dos direitos transferidos na venda deste— *todo—hereditas*—não ha razão jurídica que nos faça destacar o direito de accrescer.

---

<sup>1</sup> Obs. XII, 13.

<sup>2</sup> (*Euvres*, vol. 3, 212 edic. De Bugnet.

<sup>3</sup> *Précis de Droit Romain*, n. 363.

<sup>4</sup> *Dos sucessions á cause de mort en Droit Romain*, § 37.

<sup>5</sup> Ad L. re conjuncti.

<sup>6</sup> Traduct. de jure accrescendi, 16

<sup>7</sup> Vide Pothier, loco citato, nota 1ª.

<sup>8</sup> § 413, nota 40.

<sup>9</sup> Istituzioni di Diritto Romano, § 208.

Pela acceitação da herança o herdeiro, além dos demais direitos que constituem esse conjuncto ou collectividade jurídica, adquire o de receber as *portiones vacantes* que accrescerem, o que equivale a dizer que o *jus adcrescendi* é uma fracção componente da herança, constitue uma parte inseparável delia, e, quando mais tarde se verifica, em virtude do seu effeito retroactivo o herdeiro é considerado como tendo adquirido *ab-initio*, desde a morte do de cujus, as porções que accrescem. Ora, se a portio vacans na época da venda da herança já constitue elemento integrante do quinhão hereditário sobre o qual se contrata, porque considerá-la excluída desse contracto, destacada da hereditas, quando esta palavra, como nos ensina o fr. 178, *de verborum significatione*, tem uma significação tão ampla?

Nem se nos objecte que o vendedor, ignorando na época da *emptio-venditio* que mais tarde teriam de accrescer ao seu quinhão as porções repudiadas pelos outros herdeiros, não podia ter a intenção de alinear uma coisa que elle aind não sabia que era propriedade sua; pois, desde que o *jus adcrescendi* é uma parte componente, ou uma dependência natural da *hereditas*, a presumpção jurídica é que foi alienado, e, se o herdeiro queria excluir esse direito, devia fazer expressa reserva nesse sentido.

Se é uma regra invariavelmente aceita em direito que os effeitos de um contrato de compra e venda não se podem estender além dos objectos sobre os quaes as partes tiveram a intenção de contratar, é principio não menos adoptado que, uma vez vendido um objecto, se presume que com elle foram alienadas todas as suas dependências, sem que se faça mister declaração formal das partes. Ao envez, para que se considere excluída uma parte componente, ou mesmo um accessorio da coisa vendida, é que se torna indispensável uma clausula expressa, eliminando do contracto a coisa accessoria.

Demais, como observa Maynz, em toda a venda de herança ha sempre alguma coisa de aleatório, sendo impossivel na generalidade dos casos verificar com certeza prévia a quanto monta o património. E é por isso que a venda de uma herança se realiza de ordinário sob a forma de uma *emptio rei speratae*, ou de uma *emptio spei*.

Que o comprador da herança se aventura em um contrato aleatório, assumindo a responsabilidade de pagar dividas desconhecidas, absolutamente imprevistas, não é permittido duvidar, tão amplos são os termos do fr. 2º § 20, *de hereditate, vel actione vendita: sed et si quid venditor nondutn praestiterit, sed quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem, nihilominus agere potest cum emptore*.

Mas, sendo tão evidente a *alea* a que se arrisca o comprador, não será de toda a justiça que se lhe attribua qualquer emolumento que eventualmente possa provir da herança?

Não nos parece procedente a observação, que já tem sido feita, de que a natureza aleatória do contrato é mais uma rasão de direito do que de facto, e que de ordinário o herdeiro e o comprador procuram conhecer as forças da herança antes de realisarem a *emptio venditio*. E não nos parece procednte, porque se póde affirmar, e é intuitivo, que em regra geral ha impossibilidade insuperável de conhecer previamente com exactidão e certeza o passivo de uma herança.

A linguagem dos textos não parece autorisar outra conclusão. *Cum inter e mentem et vendentem agatur*, diz um fr. já citado, *ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset*.

No § 18 do mesmo fr. ainda é mais expressivo o paralelo feito entre o herdeiro e o comprador da herança: *sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis obtinere*. Os

textos apenas recuam ante a unificação absoluta das duas posições, o que não é de extranhar, pois o título e a qualidade de herdeiro não podem ser objecto de uma *emptio-venditio*.

Outro argumento valioso é o que nos oferece o § 40 desse fr. Ahi prescreve o legislador que o vendedor da herança transfira ao comprador não só os bens que tiver em seu poder, como tudo aquillo que receber, e em qualquer tempo, proveniente da mesma herança. *Non tantum autem quod ad venditorem hereditate pervenit, explori restituendum est et non solum quod jam percevenit, sed quod quandoque percevenerit, restituendum est.*

Não procede a observação de que essa *restituição* se refere exclusivamente ao emolumento que provier do quinhão hereditario vendido, porquanto a parte que accresce é justamente uma dependencia, uma parcella componente desse quinhão, ao qual se reúne mais tarde com pleno effeito retroactivo.

Finalmente, a regra – *portio-portinoni, (non personae) adcrecit* – é mais uma razão de decidir em favor da opinião que adoptamos. Se a porção repudiada da herança accresce á porção acceita, e não á favor da opinião que adoptamos. Se a porção repudiada da herança accresce á porção acceita, e não á pessoa do herdeiro, e de tal arte que Pampiniano (fr. 33, *de usufructu*) não duvida comparal-a á alluvião – *quoniam portio fundi, velut alluvio, portioni adcrecit*, - o direito de accrescer deve ser attribuído, não á pessoa que só conserva o titulo e qualidade de herdeiro, mas áquella que *alienam emens hereditam quase pro possesore possidet* (fr. 13, § 8º, *de hereditatis petitione*).

Ponderam que, embora venda a herança, o herdeiro não consegue jamais subthrair-se ao império do brocardo – *semel heres, semper heres* – e conserva sempre a sua qualidade de herdeiro, e que é nessa qualidade que elle tem o direito de accrescer, não é argumento



acceitavel; porque, o direito de accrescer, representando um valor economico, nos apparece justamente como uma parcella do emolumento da herança, e não como elemento constitutivo, ou attributo essencial da qualidade de herdeiro .

De resto, sejam improcedentes todos os argumentos apresentados, nada possa a mais minunciosa analyse emerilhar nos textos, paire sobre a questão mais escura duvida; ainda assim, a solução que offeremos é a que se póde amparar em mais acceitavel fundamento juridico. E' principio tradicional e consagrado pela sabedoria dos legisladores, antigos e modernos, que no contrato de compra e venda, sempre que houver uma clausula duvidosa, ou um ponto obscuro, deve este ser interpretado a favor do comprador, e contra o vendedor, que, em geral, e especialmente na hypothese de que tratamos, é quem está em condições de melhor conhecer a coisa vendida.

Dos argumentos expostos cremos que decorre logicamente a affirmação de que:

*Passa ao comprador da herança o direito de accrescer.*

## **DIREITO PENAL**

### **DA LEGITIMA DEFEZA**

— Para que se verifique a legitima defesa, na hypothese do art. 35, § 1º, do Código Penal, é necessário que concorram os requisitos do art. 34?

Por cinco votos contra cinco decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo que, na hypothese do § 1º do art. 35 do *Código Penal*, não é necessário formular quesitos sobre se intervieram ou não em favor do delinquente os requisitos do art. 34 (*Gazeta Jurídica* de S. Paulo, vol. 21, pag. 180).

Compreende-se perfeitamente a divergência das opiniões diante da multiplicidade das theories.

Em verdade, se consultarmos a legislação penal das nações cultas e os respectivos commentadores, havemos de notar nos códigos e na doutrina a mesma discordância que se nos deparou no accordam alludido.

No conceito de alguns legisladores e jurisconsultos, a repulsa dos que entram ou tentam entrar em casa onde alguém mora, ou está, é apenas um exemplo de legitima defesa, uma applicação dos princípios consagrados em disposições anteriores (GARRAUD, *Précis de Droit Criminei*, n. 161.).

O Código Penal Bavaro de 1813, depois de nos offerecer no art. 129 um preceito semelhante ao de que nos occupamos, estatue no art. 134: "O facto de ter agido em legitima defesa nunca se presume; deve ser allegado e provado pelos accusados".

Esta doutrina conta hoje pequeno numero de adeptos. Para que precisar neste caso especial da entrada em casa alheia as condições da legitima defesa, quando essas condições já estão determinadas em these, por meio do principio consagrado em disposições anteriores da lei penal e applicaveis á generalidade das hypotheses ? Que utilidade ha, pergunta GARRAUD, em um artigo de lei que apenas encerra a applicação de preceitos consagrados em outro artigo da mesma lei (*obra citada*, n. 161)?

Demais, a entrada em casa alheia durante a noite, sem licença do dono ou de quem nella está, tem sido sempre, desde remotos tempos, reputada um caso merecedor, por sua gravidade, de um tratamento jurídico especial. Nos primeiros tempos da vida sedentária dos germanos, a violação do domicilio era um dos delictos que mais alarmavam.

(FIORETTI, *Su la legittima difesa*, pag. 33). Nos estatutos da cidade de Berne, o capítulo 27 tinha o seguinte título significativo: "*De domo sua cuique sancta*". Nos códigos modernos há, em regra, uma disposição especial sobre a legítima defesa verificada nos termos do art. 35, § 1º do nosso.

A doutrina dos que vêm no citado artigo um *exemplo*, uma *aplicação* apenas do que já está em outros artigos, além de contrariar a tradição do direito penal e a generalidade dos códigos contemporâneos, tais como têm sido interpretados, tem contra si o elemento gramatical: "e reputar-se-á praticado em defesa própria ou de terceiro: § 1º — o crime cometido na repulsa dos que à noite entrarem, ou tentarem entrar, na casa onde alguém morar, ou estiver, ou nos pátios e dependências da mesma, estando fechadas, salvo os casos em que a lei o permite". Basta atentarmos nas palavras do legislador, para não equipararmos as duas hipóteses especiais do art. 35, às quais em geral estão contidas nos artigos anteriores sobre a legítima defesa. *Reputam-se*, diz o legislador, praticados em defesa própria ou de terceiro os actos figurados nos dois parágrafos do artigo, e *reputar* quer dizer *estimar*, *ter em conta*, *considerar*, *julgar*, *crer* (Diccionario de Domingos Vieira). Se o legislador tivesse tido em mente apenas oferecer dois *exemplos*, duas *aplicações* dos princípios antes estabelecidos, a expressão não poderia ser mais imprópria, mais descabida. Viríamos a ter dois casos de legítima defesa, perfeitamente iguais aos outros no que concerne aos princípios reguladores da matéria, dois casos subordinados aos requisitos do art. 34, que são geralmente exigidos para que se verifique a justificativa; e entretanto, esses dois casos, *contidos na regra do Cod.*, *exemplos* unicamente ou *aplicações* da doutrina aceita pelo legislador, seriam *tidos em conta*, *julgados*, *considerados*, *de legítima defesa*! Será lícito atribuir ao legislador tão grande inadvertência no emprego dos vocábulos? Para que *ter em conta*, *julgar*, *considerar* de legítima defesa

uma hypothese, que por sua natureza e de conformidade com os principios a que se amoldou o Cod., já é de legitima defesa?

Commentando o art. 329 do Cod. Penal Francez, o art. 376 n. 2 do Cod. Penal Italiano e o artigo 417 do Cod. Penal Belga, os criminalistas desses paizes entendem quasi todos que nas hypotheses figuradas nos artigos citados, e análogas ás do art. 35 § 1º do nosso Código, ha uma *presumpção legal* de legitima defesa. Segundo essa theoria geralmente acceita, o legislador presume que a repulsa dos que entram ou tentam entrar em casa alheia durante a noite, nas condições predertiminadas pela lei, é sempre um acto de legitima defesa (SCHERMA, *Diritto di difesa*, pag. 227; A. PRINS, *Science Pénale et Droit Positif*, ns. 330 e 331; PINCHERLI, *II Codice Pénale annotat*, pag. 528; GARRAUD, *obra citada*, n. 161; CHAUVEAU ET HELIE, *Théorie du Code Penal*, ns. 2741 a 2743; TRÉBUTIEN, *Cours Elémentaire de Droit Criminei*, tomo 1º, pag. 154, ed. de 1854; ORTOLAN, *Eléments de Droit Penal*, tomo 1º, n. 443; BENECH, *Revue de legislation*, tomo XIII, pags. 126 e segs.)

A presumpção é razoável. Os audaciosos meios empregados pelo aggressor, as circumstancias do lugar e do tempo, o manifesto perigo para a segurança pessoal, a dificuldade da prestação de soccorro, o maior temor que a noite infunde, todas essas circumstancias que occorrem na hypothese de que tratamos, justificam plenamente a inserção de um preceito especial para o nosso caso (PINCHERLI, *ibidem*; CHAUVEAU ET HELIE, *obra citada*, tomo 2º, pag. 84).

Mas, de que espécie é a presumpção? Teremos uma presumpção *júris et de jure*, que cubra o accusado contra quaesquer provas tendentes a estabelecer a convicção de que elle não agiu em legitima defesa, ou uma presumpção *júris tantum*, destructivel por meio de provas em contrario que possam ser offerecidas pelo ministério publico

(vide RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni*, pag. 14 e seguintes)?

Uma renhida controvérsia responde á pergunta. De um lado estão TRÉBUTIEN, BERTAULD, BLANCHE e outros, para os quaes a presumpção é *júris et de jure*; do outro CHAUVEAU ET HELIE, MORIN, DAL-LOZ, ORTOLAN e outros, para quem a presumpção é *júris tantum* (SCHERMA, pags. 128 e segs.).

TREBUTIEN (*loco citato*) apresenta os fundamentos de sua doutrina do modo seguinte: "Explica-se aliás perfeitamente o motivo que levou o legislador a incluir no Código essa disposição: elle quíz atalhar legislativamente todas as incertezas inherentes á investigação e apreciação dos factos difficeis, impedir a prisão preventiva dos que apenas se defenderam, garantir mais energicamente a inviolabilidade do domicilio durante a noite, ministrar um aviso salutar aos malfeitores, intimidar-os autorizando uma resistência illimitada contra elle; finalmente, attendeu á impossibilidade, ou, pelo menos, á extrema difficuldade em que se acha o aggreddido de medir exactamente a extensão do perigo, e quíz assegurar completamente a liberdade da defesa, cobrindo os actos do accusado de uma protecção absoluta".

BENECH, outro adepto da theoria, observa: "...a violação dos prédios habitados ou de suas dependências constitue de pleno direito uma ameaça contra as pessoas, porque, do perigo que correm as habitações ou suas dependências, natural e logicamente se infere o perigo pessoal de seus habitantes (Revue de Législation, tomo XIII, pags. 126 e segs.). Será acceitavel a doutrina da presumpção *júris et de jure*? GARRAUD, que é um dos seus sectários, não lhe occulta os defeitos: "o que cumpre notar é que a presurrpção legal de legitima defesa justifica os actos praticados nos termos da lei, qualquer que tenha sido o fim da escalada ou da effracção, pouco importando que o aggressor tenha querido offender a

vida dos habitantes da casa, a propriedade ou a honra. E' especialmente sob este aspecto que se vê bem o perigo da disposição do art. 323; permite-se justificar até o homicídio em circunstancias em que se provasse que nenhum dos habitantes da casa correu o menor perigo possível. O legislador teria feito bem, se tivesse deixado as hypotheses que prevê entregues á regra do art. 328" (pag. 227).

Desde o direito romano a legitima defesa tem sido subordinada a certos requisitos; a certas condições; a justiça da agressão, a imminencia do perigo, uma certa proporção da reacção com agressão e subitaenidade da reacção, são requisitos sem os quaes já os Romanos não admittiam a legitima defesa (*fr. 20, quodo vi aut clam; fr. 2, ad legem Corneliæ. Fr. 9, ejusdem tituli; fr. 3, § 9º, de vi armata*)

Não se tem tolerado que a acção do indivíduo substitua a acção do Estado, senão em casos determinados de imperiosa necessidade. Ao contrario, violaríamos o salutar principio do fr. 176, *de regulis júrís*: "*Non est singulis concedendum quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi*".

A doutrina da presumpção *júrís tantum* evita os inconvenientes das opiniões extremas: - a dos que entendem que nunca deve se presumir a legitima defesa, como vimos no Cód. Da Baviera, e a dos que admittem a presumpção *júrís et de jure*; acceta um tratamento juridico especial, para a hypothese também especial e rodeada de gravíssimas circunstancias, que o nosso legislador prevê no artigo. 35 §1º, e ao mesmo tempo não impede que a accusação publica e a particular averiguem se sob a protecção legal se cometteu um crime, e no caso affirmativo offerençam as provas colhidas e destruam a presumpção da lei. *Presume-se* que o acusado agiu em legitima defesa, mas não se vêda que o Ministério Publico, ou a accusação, faça as perquirições e exhiba as suas provas, convencendo aos juizes de que em vez da legitima

defesa, se commeteu um delicto tanto mais repulsivo e condemnavel, quanto mais odioso é o dolo com que o delinquente soube explorar a protcção criada peça presumpção legal .

Ainda cumpre notar, como o eminente CARRARA, que nem sempre o individuo que penetra em casa alheia sem licença do dono, ou do habitante, pratica uma acção criminosa. O notável criminalista figura hypotheses como a da pessoa mascarada que durante o carnaval penetra na casa em que mora um conhecido de accôrdo com os costumes locais, e a do individuo que, perseguindo um animal domestico, com o fim de captural-o, vai até dentro das portas ou dependências do prédio alheio (*Programma — Parte Speciale*, vol. 2º, pags. 594 e segs.). Não admittir a presumpção *juris tantum* seria, no dizer de DECAMPS, *sacrificar a liberdade e a segurança dos cidadãos unicamente para poupar ao Ministério. Publico o trabalho de provar a intenção culposa do supposto aggressor* (*Contreproject de code penale*, Bruxellas, 1864).

Não é mister provar que a pessoa repellida alimentava um intento criminoso, queria matar, roubar, ou perpetrar um determinado delicto; basta que tivesse uma intenção má, ensina CARRARA, (*ibidem*). Se nenhuma prova foi feita pela accusação em sentido contrario, a intenção má *presume-se* no aggressor e o accusado está abrigado sob a legitima defesa.

Creemos que expor mesmo succintamente a doutrina da presumpção *juris tantum*, e as que se contrapõem, é mostrar que a verdade jurídica está na primeira.

Será a doutrina resumida applicavel *ad unguem* ao nosso Código?

O legislador pátrio afastou-se da generalidade dos códigos penaes das nações cultas neste ponto. Ao passo que esses códigos só

permettem a legitima defesa, em se tratando do direito de vida, do de propriedade ou de honra, o nosso (art. 32 § 2º) declara expressamente que *“ella comprehende todos os direitos que podem ser lesados”*. Imitou-se o Cod. Penal Hespanhol, que consagra a legitima defesa da própria pessoa ou dos *seus direitos* (vide um interessante estudo de legislação comparada no citado SCHERMA, pags. 113 a 159).

No direito penal brasileiro, pois, a presumpção legal não tem a mesma matéria, ou mais propriamente a mesma latitude ou extensão que nas legislações penaes que nesse assumpto obedecem a uma corrente de idéas diversa. No direito francez, por exemplo, no italiano e outros, *presume-se que o accusado agiu em defesa de sua vida*; no direito pátrio essa presumpção é desnecessária, porquanto a legitima defesa de todo e qualquer direito é permittida. Só resta a accusação provar que nenhum direito foi atacado ou ameaçado, que o supposto aggressor não tinha *intenção má* ou *culposa*, quando penetrou no prédio habitado por outrem sem licença e durante a noite.

Nos termos do art. 72 § 11 da Constit. Federal, a casa é o asylo inviolável do individuo; ninguém póde ahi penetrar de noite sem consentimento do morador, senão para acudir a victima de crimes ou desastres. Em virtude do art. 196 do Cod. Penal o infractor dessa prohibição deve ser punido com doisa seis mezes de prisão cellular. No art 197 estão determinados os casos em que se permite a entrada em casa alheia.

Isto posto, o próprio facto de entrar ou tentar entrar em casa alheia constitue a violação de um direito a que se applica a legitima defesa.

Consequentemente, a *presumpção* legal que está encerrada na expressão—REPUTAR-SE-A', do art. 35, abrange somente os requisitos do art. 34.



O legislador presume que o individuo que procedeu nos termos do art. 35 agiu em legitima defesa, isto é, que intervieram conjunctamente em favor do accusado os requisitos do art. 34. Ao Ministério Publico faculta-se provar que se verificou um crime e não um caso de legitima defesa. Se o Ministério Publico nada provar, está o accusado protegido pela *presumpção* legal.

Sendo assim, parece-nos que os votos vencedores estão com a lei, pois não consta que na especie a accusação tivesse destruído a presumpção do art. 35 com quaesquer provai em contrario.

O que não se pôde colher dos motivos da decisão, é se o Tribunal acceita a doutrina da presumpção *juris et de jure*, ou a da presumpção *juris tantum*.

## **PROCESSO CIVIL E COMMERCIAL**

### **A ACÇÃO RESCISORIA**

O regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, determinando no art. 681 os diversos meios, pelos quaes uma sentença pôde ser annullada, incluye no § 4º do citado artigo a *acção rescisoria*.

Já antes do regulamento, em vários casos permittia o direito pátrio que se annullassem as sentenças pela *acção rescisoria*, ou de nullidade, como se vê em Pimenta Bueno, *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*, tit. 8º, cap. 2º.

A *acção rescisoria* vem do direito romano, que a denominava *retractio sententiae* (*Novella* 119, cap. 5º). Por esse meio obtinha-se a annullação de uma sentença em varias hypotheses, que Dalloz expoz em seu *Répert.*, verb. *Requête Civile*, n. 2, sendo a *acção rescisoria* o único recurso contra as decisões proferidas pelos prefeitos do pretorio (*ibidem*).

No direito pátrio, a *acção rescisoria* compreende duas instancias, ou, mais propriamente, se desdobra em duas acções, ou basta propor uma só acção, na qual se peça a anulação da sentença anteriormente proferida, e ao mesmo tempo o julgamento do litigio a que poz termo essa primeira sentença cuja anulação se requer ?

Eis o ponto que ora nos preocupa.

Não temos regras de direito acerca da matéria, nem jurisprudência uniforme, que sirva de guia fácil e seguro. Só conhecemos um julgado, sabiamente proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo. Recordal-o nestas paginas será o único merecimento, ou, antes, a única utilidade deste artigo.

As duvidas suscitadas a respeito do assumpto têm sua origem no processo romano, adoptado nesta parte, posto que somente em dadas hypotheses, por varias nações contemporâneas.

Gluck, no vol. 4º, Comentário ás Pandectas (frad. italiana), ensina-nos, ao tratar das diversas espécies de restituições, que mesmo no domínio do direito romano se tem controvertido sobre a necessidade dos dois *judicia* em separado, o *rescindens*, em que se annulla a sentença eivada de certos vicios, e o *rescisorium*, em que se julga a questão primeiramente decidida pela sentença annullada no *judicio rescindente*. A opinião de GLUCK é que em direito romano são justificáveis as duas instancias, ou os dois *judicia*, não só porque a organização judiciaria dos romanos o exigia, como porque o prazo para iniciar o *judicium rescindens* era tão curto, que se tornava indispensável conceder ao autor o *judicium rescisorium* em separado, e consequentemente com prazo muito maior, durante o qual poderia preparar os elementos necessários para entrar na liça judicial (vol. citado, §.434). Mas, seja como se quizer, acrescenta Gluck, os nossos práticos actualmente estão concordes em que o *judicium rescindens* e o *rescisorium* podem accumular-se, ou, por outras palavras,

basta propor uma só acção, em que se peça a annulação da sentença e a decisão de novo do pleito já decidido pela sentença annullada. E, para dar apoio á sua opinião, Gluck cita as seguintes palavras de Cramer: "*Distinctionem remediorum rescindvntis et rescisorii ad inanem theoriam pertinere dudum praxi forensi explosam*".

No direito francez, antes do *Código de Processo Civil* de 1806, exigiam-se as duas acções (é o termo de que usa Dalloz). O *Código* de 1806 é silencioso acerca deste ponto; não reproduz a *ordenança* de 1667, nem exclúe expressamente os dois *judicia*. Dahi a controvérsia entre os juristas. Dalloz, depois de alludir á opinião de Jousse, que já antes do *Código* admittia a a ccumulação das duas instancias em um só processo, reproduz, concordando, o seguinte trecho do citado Jousse: "*Il semble que dans ces cas, et autres semblables, les juges seraint bien fondés á prononcer em même temps sur la requête civile et sur le principal par un seul et même jugement, parce qu'alors l'enterinement de la requête emporte nécessairement la décision du fond, en sorte qu'il y aurait de l'injustice á obliger le demandeur á soutenir deux procès au lieu d'un*". (Répertoire, verb., *Requête Civile*, n. 23 c.)

O *Código de Processo Civil* da Itália sabiamente estabelece no art 508 uma regra geral: "*Quando lo stato della controversia lo permetta, si giudica con una sola sentenza sull'ammissione della domanda di revocazione e sul mérito della controversia*".

Se o autor na acção rescisoria, ao mesmo tempo que provou a necessidade legal de ser annullada a sentença, contra a qual se Intentou a acção rescisoria, discutiu e fez prova quanto á questão de *meritis*, é Mattiolo quem o diz, o juiz deve julgar na mesma , sentença as duas questões: "*in tal caso, qualunque indugia a risolvere difinitivamente la dite sarebbe illogico e dannoso*" (*Diritto Giudiziario Civile Italiano*, vol. 4º n. 729).

Na jurisprudência pátria temos um julgado precioso, reproduzido por Pegas, *Resolutiones Forenses*, tomo sétimo, cap. CCXXXIX, n. 158. Pedia o autor a anulação de uma sentença proferida contra elle, e que ao mesmo tempo fosse o réo condemnado a entregar-lhe os bens adquiridos em virtude dessa sentença. Eis como a Relação de Lisboa julgou o feito (reproduzimos só o dispositivo do accordam, que é muito extenso) : "Portanto, e o mais dos autos, e o capitulado na paz, declaram por nulla a dita sentença que a dita Branca Henriques alcançou, e a arrematação que por ella fez na herdade de que se trata; e que ella pertence ao A. como successor da dita Margarida Brandoa; e condemnando o R. Manoel da Gama abra mão della, e lhe a restitua com os fructos e rendimentos de dezesete de Maio de 1669 em diante, etc, etc."

Temos, pois, em um só accordam a anulação da sentença e a condemnação do réo a restituir a herdade com os fructos.

Na appellação civil n. 1.782 da capital de São Paulo, em causa na qual se tratava da anulação de uma sentença proferida em uma acção de reivindicação, julgou do mesmo modo o Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo, isto é, admittiu de accôrdo com a decisão citada por Pegas, e com a regra do *Código de Processo Civil* da Itália, que se accumulassem o *judicium rescindens* e o *judicium rescisorium*, o que se deve fazer sempre que fôr possível discutir e provar simultaneamente a anulação da sentença rescindenda, e a pretensão do autor, já l antes julgada por essa sentença.

## HISTORIA DO DIREITO

### O DIREITO NO SÉCULO XIX

A celebre phrase latina, barbara e quasi grotesca, proferida por Francisco I em 1820, exprime ao vivo um dos factos capitães que assignalam o desenvolvimento juridico do século XIX. Apprehensivo, perdendo por um momento a sua habitual indiferença, exclamou o imperador austríaco por ocasião das manobras militares em Buda-Pest: "*Totus mundus stultizat, et, relictis antiquis suis legibus, vult habere novas constitutiones*".

Em verdade, ao representante das antigas tradições monarchicas de um paiz enraizadamente conservador, como tem sido sempre a Áustria, o que se passava no scenario politico de quasi toda a Europa e da America, devia causar a impressão de que todo o mundo estava enlouquecendo, por querer á viva força novas constituições. Com os olhos fitos na Inglaterra, que tem tido o privilegio de offerecer o modelo, para o qual convergem as vistas dos amigos da liberdade constitucional, os partidos liberaes e democraticos das nações europeas e americanas pugnavam pela promulgação de constituições, ou pela reforma das já existentes. O *Espirito das Leis* era, então, o evangelho politico dos povos. Montesquieu triumphava em toda a linha.

Varias causas, meramente occasionaes, contribuíram para essa remodelação politica. A repercussão que tiveram os principios proclamados pela *revolução franceza* de 1789, a independência dos Estados Unidos em 1776, a promulgação em 1787 da constituição federal americana,, e as profundas alterações por que passaram todos os Estados europeus em consequência do tratado de Vienna de 1815, explicam a vasta ebullição social, que transfundiu em preceitos constitucionaes os principios concernentes á organização do poder e ás garantias dos direitos públicos, principios que na Inglaterra foram o fructo sazonado de uma experiência prolongada, o resultado lento e gradual de conquistas parciaes, as consequências de uma evolução muitas vezes secular. Das muitas constituições que teve a França, engenhadas pelo espirito

revolucionário de 89, a de 1791, a de 1793, a de 1795—conhecida por constituição do anno III, e a de 1799 ou do anno VIII, a de 1890, só ficou, só resistiu á prova real da experiência, a parte em que se condensaram os princípios cardeaes do direito constitucional. As extravagantes concepções revolucionarias, as idéas inspiradas pelo *contracto social* de Rousseau, por Mably, por Sieyès, pelos precursores ou collaboradores da revolução, as innovações radicaes, foram eliminadas pelas injuncções da vida pratica. Os escriptores políticos e os philosophos da França no século XVIII eram todos uns desequilibrados. Só a razão calma e superior de Montesquieu podia legar ensinamentos e conselhos, de que efficazmente se aproveitasse o legislador. Quanto á constituição federal norte-americana, o seu typo especial não permittia facilmente a imitação. As nações que mais tarde, afastando-se do regimen parlamentar, ensaiaram o presidencialismo dos Estados Unidos, soffreram desastrosas consequências para a liberdade politica e para a moralidade administrativa.

Consagração da soberania nacional, separação dos poderes, systema representativo parlamentar, garantias constitucionaes para as liberdades de consciência, de culto, individual, de imprensa, da palavra, de reunião, de associação, de representação e para o direito de propriedade, eis os princípios fundamentaes do direito constitucional, os lineamentos essenciaes de uma constituição, no conceito dos pensadores mais autorisados, e na pratica das nações politicamente mais adiantadas, no século que findou. Com uma ou outra excepção, com restricções e variantes, impostas pela tradição, pelo génio e condições especiaes de cada povo, o direito constitucional positivo se conteve em regras amoldadas a esses princípios sobre a organização dos poderes e a garantia constitucional dos direitos de ordem publica.

O conjunto das idéas e das leis que formam o direito constitucional no século XIX não foi uma conquista desse século, ou do

ultimo quartel do século XVIII. Enquanto a monarchia absoluta, ou illusoriamente temperada, como em França pelos *Estados Geraes* e *Parlamentos*, na Hungria pelas assembléas solennes da *Bulla de Ouro*, ou em Portugal pelas *Côrtes*, era o regimen politica dominante, a Suissa ia desde 1291 lançando os fundamentos da sua confederação de democracias, a Suécia desde 1322 era governada por uma realza electiva, e a Inglaterra desde 1100 gozava da sua *Carta das Liberdades*, outorgada por Henrique I. E esta foi a primeira pedra dos alicerces do cvclopico monumento constitucional que os costumes e diversas leis escriptas, entre as quaes merecem especial menção a *Magna Carta* do rei João Sem Terra em 1215, a *Petição do direito* de 1627, o *Bill dos direitos* de 1689 e o *Act of settlement* de 1701, foram a pouco e pouco levantando, para ser accrescentado e aperfeiçoado no século XIX pelas refórmas eleitoraes e parlamentares de 1832, de 1867 e de 1884.

Com os princípios do direito publico inglez e com as theorias philosophicas e politicas dos escriptores francezes do século XVIII, fizeram-se as diversas constituições que teve a França logo depois da revolução.

Assim, quando começou o século XIX, já estavam preparados os materiaes de que se compuzeram as innumeras constituições da Europa e da America, no decurso do século. A afanosa, a febril actividade constituinte do século XIX reduziu-se a uma tarefa de adaptação, a um esforço, não raro penoso e infructifero, de mera assimilação. Em grande parte foi um trabalho artistico.

Assistiu-se a um verdadeiro desfilarm de constituições. A França teve a *Carta constitucional* de 1814, a *Carta* de 1830, a constituição republicana de 1848, a constituição imperial de 1852 e as leis constitucionaes de 1875. A Allemanha, depois da *Confederação do Rheno* em 1806, da *Confederação Germânica* em 1815, teve a sua constituição, não

executada, de 1849, a constituição da *Confederação do Allemanha do Norte* em 1867, e a do império allemão em 1871. A Prússia começou pelo seu *decreto constitucional* de 1815, promulgou as *ordenações constitucionaes* em 1823 e 1824, e afinal a constituição de 1850. O mesmo fizeram os demais Estados allemães em épocas diversas, como a Baviera e o Grão Ducado de Baden em 1818, o Wurtemberg em 1819, a Saxonia em 1831, tendo sido modificadas todas essas constituições pela organização do império allemão. A Hollanda promulgou uma constituição em 1801, outra em 1805, mais uma em 1806, outra em 1814, e, finalmente, a de 1848. A Bélgica, menos innovadora, procurou bem comprehender e applicar a sua constituição de 1831, a única que teve em todo o século, se exceptuarmos a lei fundamental dos Paizes Baixos de 1815, commum á Hollanda e á Bélgica. A Suécia fez a sua constituição em 1809, e a Noruega em 1814. A Dinamarca em 1849, depois em 1855, em 1863 e em 1866. A Suissa começou pelo *Pacto federal* de 1815, promulgou uma constituição em 1848, e a vigente—em 1874. Os seus cantões foram regidos por constituições de épocas diversas. A Áustria Hungria ensaiou uma constituição em 1861, para mais tarde elaborar as suas leis constitucionaes de 1867. Desta mesma data são as leis constitucionaes da Áustria. Os pequenos Estados da Itália de 1797 a 1849 tiveram 23 constituições. De todas ellas resta a de 1848, promulgada a principio para a Sardenha, e hoje estendida a toda a Itália unificada. Portugal fez a sua constituição em 1822, teve a sua *Carta* em 1826, revista em 1838, modificada pelo *Acto Addicional* de 1852, e pela lei sobre o pariato de 1878. A Hespanha promulgou uma constituição muito liberal em 1812, suspendeu-lhe a 1820, substituiu-lhe em 1834 e em 1837, fez outra em 1845, que alterou por um *Acto Addicional* em 1856, poz de novo em vigor a de 1845 em 1864, promulgou uma outra em 1869, para terminar com a de 1876. A Grécia começou pela constituição de 1822, refundiu-a em 1823, refundiu-a de novo em 1827, creou uma outra em 1844, e terminou o século com a de 1864. A própria Turquia alimentou a



velleidade de ter uma constituição, e em 1876 publicou a sua *carta constitucional*, nunca observada, é desnecessário dizer. O consticionalismo alastrou-se até ao Egypto, que em 1866 teve um simulacro de constituição, que foi sempre letra morta.

Na America, o Brasil promulgou a sua constituição em 1824, modificou-a pelo *Acto Addicional* em 1834, e substituiu-a em 1891. O Chile de 1821 a 1874 teve nove constituições. A Argentina promulgou sete entre 1811 e 1860. A Bolívia fez e desfez dez no espaço de 45 annos, isto é, de 1826 a 1871. O Peru—oito entre 1823 e 1860. O México—onze de 1824 a 1877. A Colômbia, Venezuela, o Equador, todas as mais republicas da America hespanhola, revelaram quasi a mesma instabilidade em suas leis fundamentaes. Em meio de tantas reformas e substituições, esses pactos não podiam ter o character augusto que a tradição lhes adjectiva.

Em alguns paizes sujeitos ao regimen constitucional representativo, o poder executivo é exercido por um gabinete, emanação da soberania parlamentar, ou commissão executiva do parlamento. Em outros, o poder executivo está confiado a um presidente: é o governo *pessoal* de uma autoridade meramente executiva. Esta classificação não comprehende os typos especiaes de governe, como o allemão, em que o chefe da nação não é obrigado a escolher os seus ministros no seio do parlamento, e desempenha func-ções muito mais amplas que as de um presidente no regimen presidencial.

A distincção entre o governo parlamentar e o presidencial é anterior ao século XIX. O primeiro gabinete foi constituído por Guilherme III na Inglaterra, em fins do século XVII. O governo presidencial começou com a constituição americana de 1787, a qual, posto que tenha sido uma reforma da de 1778, assignala o inicio da fecunda e gloriosa evolução politica dos Estados Unidos no século que findou.

Dos dois regimens foi o parlamentar o que melhor garantiu os direitos de ordem publica. O governo presidencial só produziu os resultados que a theoria ideou, como consequências lógicas do principio, nos Estados Unidos da America do Norte. Em nações pertencentes a raças diversas, sujeitas á acção de meios differentes, com vários grãos de cultura, alliado á republica ou á monarchia, na Inglaterra, na França, na Bélgica, no Chile, na Itália, no Brasil, na Hespanha, em Portugal, o parlamentarismo foi o régimen que menos imperfeitamente garantiu as liberdades politicas e a paz social.

A federação e a confederação são fórmias de Estado, anteriores ao século XIX.

Montado o machinismo, disposto um aparelho especial para a formulação das normas jurídicas, creado o orgam revelador do direito, nada mais natural do que a incessante actividade legislativa do se-culo XIX.

Como desenvolvimento de princípios estabelecidos pelo direito constitucional, formou-se o direito administrativo. Este, sim, é criação do século XIX; e—circumstancia digna de nota—começou a se constituir exactamente no princípio do século. Não que antes não tivessem existido leis administrativas. Normas jurídicas dessa espécie sempre houve, desde que se organisou o Estado. Nunca se viu governo sem administração. O Digesto, o Código e as Novellas, contêm muitos preceitos de ordem administrativa. Sob o reinado de Diocleciano, o império romano teve um systema notável de administração. Antes de 89. a França regulou os seus serviços públicos por nurosas leis, entre as quaes são famosas as ordenanças de 1561, de 1566 e de 1579. O que é criação do século passado é o direito administrativo considerado como sciencia, ou systema de principos e deducções. Em toda parte e sempre, as normas jurídicas

precederam a sciencia jurídica, assim como a. arte de curar precedeu as sciencias que — enfeixadas — formam a medicina. A arte vem antes da sciencia, para depois ser por esta explicada, corrigida e desenvolvida.

A França, estão concordes neste ponto os escriptores de todas as mais nações, a França foi a nação que creou a sciencia do direito administrativo. Depois que a constituição do anno VIII, isto é, de 1799 reorganizou o conselho de Estado, ao qual nesse mesmo anno foi conferida a faculdade de decidir os conflictos e as questões contenciosas, iniciou-se uma jurisprudência administrativa. O decreto de 22 de julho de 1806 creou no seio do conselho de Estado uma comissão especial, encarregada do contencioso, e deu ás questões desta ordem um processo differente do das meramente administrativas. Em 1848 Maçarei publicou seus Ensaio de jurisprudência administrativa, primeira obra de valor que se escreveu sobre este ramo do direito publico. O tratado de Portiez de l'Oise, divulgado em 1799, e o de Bonnin, em 1812, são livros sem merecimento. Macarei, de Gerando e Cormenin, se consideram a justo titulo-os constituidores da sciencia, cumprindo não esquecer os subsídios prestados por Sirey com o seu trabalho— Jurisprudência do Conselho de Estado. De Gerando era um philosopho, e Cormenin um pam-phletario. O jurisconsulto, no sentido rigoroso do termo, foi Macarei. Entretanto, dos três o que mais concorreu para a divulgação das noções do direito-administrativo nesse periodo foi Cormenin, graças ao seu estylo lapidado.

A revolução de 1830 deu novo impulso aos estudos do direito administrativo. Com a elevação ao poder de Guizot e Thiers, nessa época memorável em que o romantismo triumphava na litteratura, foram creadas diversas cadeiras de direito administrativo. Já em 1828 de Gerando tinha recommçado o seu curso na Faculdade de Pariz. De 1828 a 1837 inauguraram os seus em Dijon, Poitiers e Rennes, Serrigny Foucart e Laferriere.

Foram esses os primeiros a determinar a natureza do contencioso administrativo. Em seus trabalhos, classificaram os assumptos administrativos em três grupos, ou espécies: *a)* matérias de competência das jurisdições ordinárias, e não das jurisdições administrativas, a que indevidamente estavam antes sujeitas; *b)* matérias da competência das jurisdições administrativas, e para as quaes se facultava o recurso contencioso; *c)* matérias da competência da administração pura, graciosa, ou discricionária. Nesta obra collaboraram Vivien, Boulatignier, Vuillefroy e outros.

O golpe de Estado de Napoleão III foi o inicio de um periodo de estacionamento para o direito administrativo. O imperador mandou *convidar* os professores desse ramo do direito a se limitarem aos comentarios dos textos. A revista de Félix e a de Wolowsky, que eram os orgams mais conceituados dos cultores do direito administrativo, suspenderam a sua publicação.

Com a inauguração do *império liberal* em 1860 começou de novo uma éra de florescimento para os estudos administrativos. Batbie em 1861 e Dareste em 1862 apresentaram um plano de organização do direito administrativo, dividindo-o em três partes: as pessoas, as coisas e os modos de adquirir. Separou-se o estudo das autoridades administrativas do das jurisdições administrativas. Ducrocq em 1866 e Au-coc em 1869, propuzeram modificações na classificação de Batbie. Finalmente, em 1887 Laferrière publicou o seu *Tratado da jurisdição administrativa e dos recursos contenciosos*, que Hauriou em 1897 qualificou um verdadeiro modelo.

Assim, no correr do século XIX, se constituiu em França a sciência do direito administrativo, que um dos seus cultores mais insignes, Berthélemy, professor na Faculdade de Direito de Pariz, em um livro publicado no ultimo anno do século synthetisou no seguinte quadro: o

direito administrativo é o conjunto dos princípios e das leis segundo as quaes a administração exerce sua actividade, e são funcções da administração todas as do poder executivo que concorrem para a execução das leis, exceptuadas as de justiça, ou de ordem judiciai. Este direito com-prehende: a organização administrativa, a acção administrativa e a justiça administrativa. Na *organização administrativa* estudam-se: a separação do poder executivo do legislativo, a separação do poder administrativo do judiciário, a personalidade moral do Estado e dos seus sub-organismos e a theoria das funcções publicas; os orgams administrativos, chefe do Estado, ministros, conselho do Estado e administrações regionaes, distinguindo-se a administração dos interesses geraes da administração dos interesses locaes. Na *acção administrativa* estudam-se: o conjunto dos meios pelos quaes a adminstração assegura o respeito ás liberdades publicas; os serviços essenciaes do Estado, policia, regimen militar de terra e mar, domínio publico, viação terrestre, domínio marítimo, domínio publico fluvial e regimen das aguascorrentes, dominio privado do Estado e as suas divisões e trabalhos públicos ; os serviços facultativos do Estado, intervenção do Estado na industria de transportes, industrias extractivas, intervenção administrativa em materia criminal, ensino em seus diversos grãos, instituições de previdência e instituições de assistência; legislação financeira, sub-dividida em orçamentaria e fiscal. Na *justiça administrativa* os princípios dominantes do contencioso administrativo, a organização das jurisdições adminstrativas, asattribuições das jurisdições administrativas e o processo das acções administrativas. A administração belga e a hespanhola imitaram largamente a franceza, da qual muito se approximou também a nossa durante o império. Na Allemanha, o direito administrativo, até ao ultimo quartel do século, não era tratado com a profundeza e com obrilho que distinguiam o cultivo dos'outros ramos do saber juridico. Foi já nos últimos annos que o actual imperador deu um grande impulso ás reformas administrativas, o que estimulou os estudos dessa ordem. O

direito administrativo inglez desenvolveu-se lentamente, como o direito constitucional. Quanto á sciencia administrativa, o espirito pratico dos ingle-zes tem sido avesso aos trabalhos meramente theoricos, ou especulativos. Na Itália, Romagnosi e Manna muito fizeram progredir esta parte da sciencia juridica. As leis de ordem administrativa, reunidas em um volume impropriamente denominado *codigo da justiça administrativa*, resentem-se da influencia franceza, que se exerceu em quasi todos os paizes de raça latina. O facto mais importante que assignalou o desenvolvimento do direito administrativo italiano foi o projecto de lei apresentado por Minghetti, em 1861, com o intuito de restituir aos tribunaes judiciários as attrbuições conferidas á jurisdição contenciosa administrativa. De resto, nos últimos annos do século foi essa a tendência observada em quasi todos os paizes que tinham adoptado as instituições administrativas francezas. Dos inconvenientes que Minghetti procurou remover na Itália, estiveram sempre isentos os Estados Unidos, onde nunca se confiaram ao poder administrativo as attribuições próprias do judiciário.

Na America latina o direito administrativo foi um reflexo das idéas e das leis da França, ou dos Estados Unidos.

A' codificação do direito administrativo, repellida pela maioria dos estadistas e jurisconsultos, tem-se opposto a própria natureza das leis administrativas, essencialmente variáveis.

Nas monarchias absolutas reunidos todos os poderes públicos na pessoa do rei, era este o chefe supremo do poder judiciário, cujas funcçõecs óra delegava a indivíduos ou a corporações, óra reservava para si, em seu conselho ou de qualquer outro modo. Dahi a distincção entre justiça *delegada* e justiça *retida* ou reservada. Os officios da judicatura eram objecto, não raro, de compra e venda.

Verdade é que a própria venalidade e a própria hereditariedade desses cargos foram constituindo uma garantia para os direitos em litígio; porquanto, produziram como natural consequência a inamovibilidade dos magistrados, o que permitia a estes manter uma attitude firme e independente em face da realeza e dos pleiteantes. O maior mal desse regimen consistia na falta de selecção das capacidades, e nas espórtulas exigidas, ou, melhor, nas extorsões impostas pelos que exploravam a judicatura como fonte exclusiva de proventos.

O regimen judiciário não era o mesmo em todos os paizes. Assim que na Inglaterra á camará dos pares, e não ao rei, competia a suprema jurisdição do paiz. Na Allemanha a soberania dos imperadores tornou-se quasi nominal, passando a attribuição de administrar justiça para os eleitores, os soberanos effectivos do império. Nota interessante da organização judiciaria allemã a esse tempo: ás universidades, que então gozavam de grande importância social e politica, eram sujeitas as questões forenses, que essas corporações resolviam doutrinalmente. A Itália, a Hespanha, Portugal, resentiam-se muito da influencia do direito canónico, tanto na judicatura como no processo.

Em todas as constituições do século XIX, consagrado o principio da separação dos poderes, foram estabelecidos preceitos garantidores da independência do poder judiciário. E' certo que subsistiram na pratica vestígios do antigo regimen; prevaleceu em parte a tradição de que o poder judiciário é uma delegação do chefe do Estado.

O poder executivo, em geral, manifestou accentuada reluctancia em reconhecer no judiciário um poder independente.

Em poucas nações, como os Estados Unidos e a Inglaterra, tem sido respeitada rigorosamente a independência do poder judiciário.

Ao lado dos juizes togados para o julgamento das questões civéis, adoptou-se na Europa e na America, excepto na Hollanda, o jury criminal, que os inglezes conheciam e praticavam desde a idade média, e os norte-americanos desde o inicio de sua existência colonial, que os próprios francezes imperfeitamente organisaram depois das invasões germânicas até ao século XV.

O direito judiciário não progrediu somente no que concerne á organização do poder judiciário, ás regras sobre a investidura nos cargos—tendentes a assegurar uma certa selecção, ao exercício das funções,—estabelecendo a vitaliciedade e a inamovibilidade, a extensão das attribuições dos juizes. O processo tornou-se menos lento, foram eliminadas as precauções excessivas, diminuiu-se a profusão dos actos escriptos. Muitos códigos de 'processo civil se promulgaram, entre os quaes o francez, em 1806, e o italiano, em 1865, ambos modificados e desenvolvidos por varias leis.

No processo criminal, antes de começar o século, eram conhecidos dois systemas: o accusatorio, que havia sido praticado em França desde as invasões germânicas até ao século XV, systema que dava o direito de accusar ás victimas dos delictos, ou aos seus conjuctos, estatua a prova e os debates oraes, a publicidade das audiências, e admittia a defesa em todas as phases do processo; e o inquisitório applicado nos três últimos séculos antes da *revolução franceza*, systema suecessivamente organizado pelas ordenanças de 1498, de 1539 e de 1670, e em virtude do qual o direito de accusar competia a funcçanarios especiaes, reservado ás partes o direito de denunciar, a instrucção era escripta e secreta, as provas legaes, a defesa—limitada, ou supprimida, os juizes—funcçanarios públicos, e não jurados. Com os elementos acceitaveis desses dois systemas oppostos constituiu-se o systema mixto, geralmente adoptados no século quer findou, alargando-se: successivamente a publicidade da instrucção e as garantias da defesa.



Organizou-se o ministério publico, excepto na Inglaterra, cujo systema de queixas e denuncias particulares é absolutamente indigno de imitação, especialmente pelas nações de raça latina. Cumpre notar que o código francez de *instrucção criminal*, promulgado em 1808, e o italiano de *processo penal*, promulgado em 1865, por seu turno cercearam, mais doque convinha, o direito de queixa em beneficio das attribuições do ministério publico. Superior a qualquer dessas legislações é o nosso *código do processo criminal* de 1832, pelo modo como acautelou o interesse social e os direitos do individuo.

No direito penal proseguiu, até quasi ao fim do século, o *movimento humanitário*, iniciado no século XVIII por Beccaria e Filangieri na Itália, por Bentham na Inglaterra, pelos Encyclopedistas na França, por Kant e Fichte na Allemanha, movimento que teve precusores em Grotius e Wolff no século XVII. Já antes da revolução franceza, Frederico o Grande, Catharina da Rússia e Leopoldo da Toscana, haviam reformado algumas das regras mais cruéis do direito penal, eliminando em parte o regimen feroz e arbitrário de repressão do crime: A *assemblée constituante*, desenvolvendo princípios contidos na *declaração dos direitos do homem*, firmou normas que foram universalmente acceitas no século XIX. Sendo o fim de toda a associação politica, nos termos do art. 2: da *Declaração dos Direitos*, a conservação dos direitos naturaes e imprescriptiveis do homem, segue-se que: 1º, a lei só deve prohibir as acções prejudiciaes á sociedade; 2º, a lei só pôde estabelecer penas estricta e evidentemente necessárias. As penas eram arbitrarías, deseguaes, nem sempre pessoaes. A *assemblée constituante* estatuiu que ninguém pôde ser punido senão em virtude de uma lei anteriormente promulgada e legalmente applicada; que os delictos da mesma espécie são punidos com penas da mesma espécie; que o supplicio de um delinquente e as con-demnações infamantes,

quaesquer que sejam, não passam á familia do condemnado. Aboliu a confiscação e a sobrevivência das penas.

O *código penal* francez de 1810, obra do despotismo napoleónico, foi uma reacção contra os princípios declarados pela *assemblée constituante*, exprimiu um regresso ao systema da intimidação, consagrou disposições de injustificável severidade.

Em 1832 deu-se uma reacção contra o systema das penas desse código, traduzida pela lei de 28 de abril.

Accentuava-se, então, em todo o mundo culto o movimento humanitário no direito penal. Aboliu-se, geralmente, a pena de morte para os delictos políticos, e, em muitos paizes, para os próprios crimes communs. Abrandaram-se as penas em quasi todos os códigos, como no código belga de 1867, no italiano de 1889, no hollandez de 1881, no allemão de 1880, no austríaco de 1852, no portuguez da mesma data, no russo de 1845, que aboliu as torturas e as penas corporaes, revisto depois mais de uma vez, sempre no sentido de diminuir o rigor dos castigos. As prisões foram construídas, attendendo-se ás condições hygienicas, disciplinares, económicas e moraes, que a doutrina exigia para estabelecimentos dessa ordem. Fizeram-se penitenciarias, que são verdadeiros modelos sob esse quádruplo aspecto, como a de Vienna d'Austria, imitada pelo architecto da de Lisboa. Estabeleceu-se o systema da separação dos menores dos adultos. Ensaaiaram-se diversos meios de obter a correcção dos delinquentes, como a *libertação condicional*, a *condenação condicional*, consagrada pela famosa e sábia lei Bérenguer (26 de março de 1891), o *patronato*, ou protecção aos condemnados que cumpriram a pena e se retiram da prisão, a *transportação* para penitenciarias ou colónias distantes, a *rehabilitação*. Procurou-se prevenir o crime por meio de leis de protecção á infância, seguros entre os operários, mutualidades, uniões profissionaes, leis contra o alcoolismo.

Promulgaram-se muitas leis para a repressão da vagabundagem e da mendicidade, podendo servir de modelo para esta espécie a lei belga de 27 de novembro de 1891. Covardia ou relaxação moral, a magnanimidade do jury tocou ao excesso.

Em meio de todo esse movimento humanitário, já nos últimos annos do século, uma reacção se manifestou. Começou-se a perceber que as medidas postas em pratica não produziram os resultados almejados: a criminalidade progredia, a reincidência ele-vava-se a uma proporção de oitenta por cento sobre a população delinquente, a pequena criminalidade triplicava, a precocidade dos criminosos crescia assustadoramente, a vida e a propriedade eram mais ameaçadas do que antes. A affirmação desses factos não deixava de ser verdadeira, mesmo quando se at-tendia ao augmento da população, ao desenvolvimento das riquezas, e á precisão dos meios judiciais para a verificação dos delictos.

Em opposição á escola clássica, que havia preconizado todas essas medidas, formou-se a escola denominada positiva italiana. Esta escola não procedeu unicamente do movimento reaccionário, despertado contra as theorias humanitárias pelo insuccesso destas. Tem um fundamento scientifico, ou meramente doutrinário: o determinismo psychologico, theoria geralmente acceita por todos os grandes pensadores do século XIX, é o seu principio; e o methodo positivo, transportado das sciencias physicas e naturaes para o domínio das sociaes, é o seu methodo.

A escola positivista dividiu-se logo em duas theorias distinctas: a anthropologica e a sociológica. Entende a escola anthropologica que, assim como não se póde estudar a moléstia abstrahindo do doente, não se póde estudar o delicto abstrahindo do delinquente. Estudando o delinquente, fez-se a conhecida classificação, dividiu-os em delinquentes

natos, delinquentes por habito, delinquentes por paixão, delinquentes de ocasião e delinquentes alienados.

Os delinquentes natos se distinguem por certos estigmas *physicos*, como a fronte fugidia, baixa, estreita e achatada; a grande proeminência das arcadas superciliares; o prognathismo simiano e o pro-geneismo; as orelhas afastadas, largas e por vezes desiguaes; a asymetria craneana e facial; as grandes saliências zygomaticas, correspondentes a uma mandíbula larga e robusta, de mento quadrado; o nariz platirrhineo, ou alto e adunco; os olhos distantes, escuros e cavos, obliquos, fixos e glaciaes, quasi marmóreos, ou extremamente moveis e interrogadores; a pálpebra tranzida e fustigada pelo *nystagmus*; as maçãs do rosto de uma côr uniformemente morena ou pallida; notável predomínio da face sobre o craneo; incisivos sobrepostos e caninos bestiaes; os lábios firmes - vincados pelo *rictus* ameaçador das commissuras. Os delinquentes natos ainda se fazem notar pela ausência hereditária do senso moral, imprevidência e insensibilidade. Nascem delinquentes, e não é possível corrigil-os.

Os criminosos por habito adquirem, ainda jovens, o habito do crime. Não têm os caracteres anthropologicos dos criminosos natos, ou, pelo menos, não os manifestam de modo tão accentuado. Assim como os criminosos natos são victimas da hereditariedade, os delinquentes por habito são victimas do meio. A fraqueza moral de taes indivíduos, alliada ás circumstancias ambientes, transforma-os em ladrões e vagabundos. O alcoolismo e a prostituição muito contribuem para a formação dessa classe de delinquentes.

Os criminosos natos e os por habito têm no crime uma profissão. São os reincidentes, tão conhecidos da policia e do jury. Os criminosos natos são os *inadaptaveis* hereditários; os delinquentes por habito são os *inadaptaveis* sociaes.

Os delinquentes de ocasião não manifestam tendência natural para o crime; o que os caracteriza, é a fraqueza do senso moral, o não poderem resistir às influencias externas. Ao mais ligeiro impulso, cedem á tentação. A miséria, as possibilidades de fugir á punição, a imitação, facilmente os levam á pratica do delicto.

Os delinquentes por paixão constituem uma variedade dos delinquentes de ocasião; agem sob o império de um arrebatamento súbito, de um assomo irreflectido, da cólera, do amor, do ódio, do ciúme. Em geral, são dotados de um temperamento sanguíneo ou nervoso, e de extrema sensibilidade. Depois do crime sentem o remorso.

Finalmente, os delinquentes alienados formam uma classe composta de todos os doentes: os loucos por hereditariedade, por degenerescência, por alcoolismo, os epiléticos, com todos os *mattoides*.

Partindo de um principio verdadeiro, applicando um methodo scientifico, a escola anthropologica, em vez de proceder com a discreção que a sciencia exige, tão precipitadamente induziu, tão sem base generalizou, tantas contradicções revelou entre os seus adeptos, tanto exaggerou, tanto desvirtuou na pratica o seu principio e o seu fim, favorecendo e augmentando injustas e perniciosas absolvições, que afinal cahiu sob o mais estrondoso ridiculo. O typodo criminoso nato, ponto capital para a escola anthro-pologica, até hoje não foi determinado com precisão e segurança. Qual é o Índice cephalico do criminoso? E' a dolichocephalia? E' a mesaticephalia? E' a brachicephalia? O criminoso nato é de elevada estatura e envergadura hercúlea, ou franzino, de contornos mulheris? Sobre esses e outros muitos pontos nada se sabe de positivo, não se possuem noções scientificas. Ainda quando houvesse perfeita unanimidade entre os sectários da escola quanto aos caracteres anatómicos e physiologicos do criminoso, o que é absolutamente incontestável, é que muitos delinquentes da peor espécie não ostentam

nenhum dos estigmas da delinquência, ao passo que, por outro lado, entre os nossos amigos e conjunctos, pessoas sãs e justas, respeitadoras da lei, e que jamais commetteram a mais ligeira infracção penal, notamos indivíduos com todos os signaes physicos da criminalidade.

Alguns criminalistas, reconhecendo que é destituída de base a classificação da escola anthropologica, e ao mesmo tempo distinguindo entre as idéas da escola algumas noções verdadeiras, algumas indicações úteis, propuzeram uma classificação dos delinquentes em delinquentes primários ou de occasião, delinquentes profissionaes ou de habito, e delinquentes anormaes ou defeituosos.

A escola de sociologia criminal estuda a influencia do meio social. Ha um meio social normal, favorável á saúde moral, e um meio social moralmente insalubre, em que o crime tem um terreno propicio, O delicto provém do factor individual, da idade, do character, do temperamento, das disposições pessoaes, e do factor social, do meio. Tomando-se um meio social dado, descobre-se uma relação entre esse meio e sua criminalidade. O meio não é invariável: diversas condições physicas, moraes e sociaes, combinadas com as tendências individuaes, formam um nivel de criminalidade, que se eleva ou se abaixa. O que se chama crime é a principio um impulso instinctivo, sem nenhuma idéa de culpabilidade. O homem primitivo usa da força physica para satisfazer seus interesses e appetites. Nesse período os actos illicitos são raros: a moralidade ou a justiça das acções é determinada pela opinião dominante do grupo, que nos primeiros tempos é pouco ou quasi nada exigente. O predomínio da força, eis o traço coracterístico das aggremações rudimentares.

E' lenta e difficultosamente que a humanidade vai concebendo e formulando o direito, a protecção dos fracos contra os fortes. A experiência revela á sociedade que lhe é impossível tolerar a violência e a

fraude. Sente-se a necessidade da ordem publica e a utilidade de fixar-lhe os preceitos garantidores em textos legais. A criminalidade se transforma. O que hoje é acto licito, amanhã se converte em crime hediondo. Sparta tolerava o infanticídio; Athenas a pirataria; na idade média se justificavam os mais violentos attentados contra a vida e a propriedade. Na época actual o augmento da criminalidade é devido ao enorme desenvolvimento das cidades, com prejuízo da povoação dos campos; á sensualidade excitada pela expansão das riquezas; á avidez, ao gosto e á facilidade das especulações; ao contraste entre o luxo e a pobreza; ás necessidades inevitáveis da lucta, cada vez mais áspera, pela vida. O que cumpre é applicar medidas preventivas: facilitar ao proletariado a aquisição dos alimentos e habitações hygienicas; uniões profissionaes; a organização da assistência publica; à educação physica e moral da infância abandonada; lutar contra a imprensa licenciosa, que envenena a alma popular; estabelecer seguros operários contra a moléstia, o accidente e a velhice. A repressão é também necessária. Esta deve exercitar-se, apreciando a natureza mais ou menos anti-social do delinquente, e o gráo de intensidade do movei anti-social que o impelle, bem como as condições do meio. Convém multiplicar os tribunaes locais, descentralizar a justiça, pôr o juiz bem perto dos jurisdicionados, em contacto intimo com a população, que deve conhecer, para julgar de accôrdo com as regras do bom senso, com a experiência dos homens e da vida. A escola sociológica encerra, como se vê, algumas indicações úteis, e baseadas em preciosas observações. O seu conceito do crime é que é inac- ceitavel. Algumas das suas idéas já haviam sido preconizadas e parcialmente applicadas pela escola clássica.

Dois notáveis códigos civis, quaes marcos milliaros, assignalam o começo e o fim do século XIX: o francez, promulgado em 21

de março de 1804 e o alemão em 18 de agosto de 1896, para ser aplicado de 1 de janeiro de 1900 em diante.

Antes do código Napoleão só havia na Europa um código civil, digno deste nome: o prussiano de 1794. O código sueco de 1734 era um amalgama de disposições de direito civil, de direito commercial, de direito penal, de processo e de direito administrativo. O código bavaro de 1756 era antes uma obra de doutrina do que um código propriamente dito: continha extensos desenvolvimentos de theorias do direito romano, que o legislador declarava no fim inapplicaveis. Sem embargo dos seus muitos e graves defeitos, da grande parte consagrada á pura doutrina, da falta de concisão, o código prussiano foi o inicio da codificação civil da Europa.

O código Napoleão inspirou-se em quatro fontes: os costumes, especialmente os de Pariz, o direito romano, as ordenanças regias leis promulgadas depois da *revolução franceza*. O direito canonico e a jurisprudência dos parlamentos prestaram minima contribuição. As duas ordens de censuras feitas aos redactores do código exprimem o espirito que presidiu á sua elaboração: para alguns o código Napoleão tem o defeito de haver reproduzido em grande parte o direito romano, para outros o de ser um código revolucionário. A verdade é que os seus redactores se limitaram a combinar os princípios do direito romano com os costumes da França, dando preferencia a estes, especialmente em relação ao casamento ao pátrio poder, ao poder marital; á filiação, á tutela, a communhão de bens no matrimonio, é ás ordenanças no que toca ás doações e testamentos. O elemento germânico preponderou na redacção do código: o chefe de família não tem o poder despótico e duro que os romanos lhe attribuiam; é antes um tutor, um protector; o pátrio poder não assenta unicamente no interesse do pae, mas também no do filho; a personalidade da mulher no casamento não é mutilada, ou quasi extincta, como em Roma; a viuva tem o pátrio poder; estabelece se o regimen da communhão de bens, que os romanos não conheciam: a mulher é



herdeira do marido depois dos collateraes do decimo segundo grau (\*). Os redactores do código Napoleão inspiraram-se mais na equidade do que no rigor lógico do direito; abstrahiram do formalismo romano.

Não cabe nos limites deste retrospecto lembrar todas as modificações feitas no direito pelo código francez quanto á compra e venda, ás servidões, ás obrigações, em grande parte modeladas pelo direito romano, á hypotheca, cujo regimen tanto foi censurado pelos melhores jurisconsultos francezes, ás substituições, matéria em que o código alterou profundamente o direito antigo. Não nos é tão pouco permittido pôr em relevo a influencia que exerceram sobre os redactores do código as obras de Dumoulin, Cujacio, D'Aguesseau e Pothier.

Todos os códigos promulgados no correr do século se resentem da influencia exercida pelo legislador francez. O austríaco de 1810, o sardo de 1838, o de cantão de Vaud de 1819, o da Luisiana de 1824, adoptaram em grande parte as disposições do código Napoleão. O código civil italiano, de 1865 é o francez aperfeiçoado. O hespanhol, de 1889, se abstrairmos das normas que consagram usos e costumes peculiares ao paiz, ainda é o código francez, com algumas correcções na redacção. Não obstante a disposição diversa das matérias, o chileno, de 1855, o argentino, de 1869, e o portuguez, de 1867, este ultimo sem methodo e mal redigido, traduzem o espirito dominante na legislação franceza.

Dessa corrente de idéas jurídicas afastou-se completamente o código allemão. E' o que se vê logo ao primeiro exame, quando se compara a classificação deste código com a do francez. Em três partes divide o código Napoleão todo o direito civil: *das pessoas, dos bens e das varias modificações da propriedade, dos diversos modos de adquirir a propriedade*, divisão que mercedamente tem sido acoimada de se não

---

\* Disposição mais tarde modificada.

cingir a nenhum criterio methodologico scientifico. Neste ponto, aliás, o código alemão não foi inovador, porquanto a sua classificação é a do excelente código de Zurich de 1887, isto é, a classificação científica de Savigny, ligeiramente alterada por uma transposição de matérias. Além desta divisão científica, os attributos que distinguem o código alemão, no dizer de um dos seus anotadores, podem resumir-se no seguinte: "lógica, desenvolvimento integral, emprego de fórmulas comprehensivas e geraes, espirito pratico, ausência de formalismo inútil, tendência philosophica e scientifica, sobriedade de regulamentação e de prohibição." O código é tão completo quanto possível; resolve um grande numero de questões que em outros países continuam entregues á jurisprudência. Para conseguir este resultado, o legislador germanico estabelece os princípios, ou leis fundamentaes, de cada matéria, princípios que já foram comparados "a fórmulas algébricas". Ao juiz compete por meio da deducção tirar as regras particulares para cada espécie, regras que o código formula, não raro, dando exemplos do methodo applicavel, por que se devem deduzir os corollarios dos princípios firmados.

Profundas innovações interessantes, e é este o ponto a que ora mais nos cumpre attender, fez o código tedesco. Permite a *promessa abstracta*, uma espécie de *stipulatio* dos romanos, em virtude da qual nos obrigamos a uma prestação sem causa: é uma convenção meramente formal, cuja matéria, ou conteúdo, póde variar infinitamente. Creou a *hypotheca abstracta*, direito real independente de um credito, sem relação necessária com o contrato principal. Uma outra innovação curiosa é a *renda territorial*; póde constituir-se sobre os prédios rústicos um direito real, que garante, não o pagamento do capital, mas o de uma renda em dinheiro, ou juros, periodicamente pagos. O código admite que os esposos façam contratos sobre o regimen patrimonial depois de celebrado o casamento. O homem só póde casar-se aos vinte annos; a mulher aos dezeseis. A mulher é associada ao marido no exercicio do pátrio poder.

Notável modificação: permitem-se expressamente os pactos successorios. Os herdeiros só respondem pelas dividas da herança dentro das forças desta. São herdeiros necessários unicamente os descendentes, o pae e mãe do de *cujus* (e não os outros ascendentes) e o cônjuge superstite. Ha a desherdação *bona mente*, mais uma novidade. Para que se não dividam os grandes prédios rústicos, as fabricas e quaesquer outros immoveis de grande valor, os direitos á reserva legitimaria e ao legado são direitos pessoaes. O legatário é um credor apenas, assim como o próprio herdeiro necessário. A mulher casada e o filho natural são muito mais protegidos que nos códigos anteriores. Dilata-se-lhes notavelmente a esphera de actividade jurídica. A mulher tem o direito e a obrigação de dirigir o lar commum. No circulo das occupaões domesticas representa o marido. Não precisa de autorisação deste para acceitar ou repudiar uma herança, para recusar doações, para fazer valer em juizo certos direitos. O marido é essencialmente um administrador; não pode obrigar a mulher por actos jurídicos, nem dispor dos bens que ella trouxe para o casal. A mulher tem a faculdade de pedir explicações sobre o modo como é administrada sua fortuna. O filho natural, em relação á mãe e seus pães, está na posição juridica de um filho legitimo. Quanto ao pae, as obrigações são mais rigorosas do que nas outras legislações. Ha tendência manifesta para consagrar preceitos puramente moraes, o que levou um critico illustre a dizer que certos artigos do código têm laivos de predica e de evangelisação. A pessoa que cae em pobreza por sua immoralidade, e que tem algum parente que lhe deva alimentos, só póde pedir o estrictamente indispensável para sua manutenção. A embriaguez é fundamento sufficiente para a decretação da in-terdicção. Creou-se o tribunal das tutelas, que decide as questões e quaesquer conflictos entre o tutor e o pupillo, entre os pães e os filhos, entre o marido e a mulher, a propósito de recusas de autorisação arbitrarías ou abusivas. Em certos casos, o Estado pelo tribunal das tutelas substitúe o pae. A intenção das partes nos contratos deve ser escrupulosamente

investigada pelos juizes. O art. 133 declara expressamente que importa indagar qual foi a vontade real das partes, sem preocupações com o sentido litteral dos termos. Não se devem admittir interpretações de contratos em que prevaleça a má fé. E' evidente o cuidado do legislador em evitar decisões contrarias á boa fé. O artífice tem um direito real sobre as coisas por elle elaboradas ou reparadas. Estabelecem-se garantias em favor do operário diante do patrão, a quem se impõe a obrigação de providenciar de modo que a vida e a saúde do operário não estejam expostas a certos perigos. Demais, o patrão é obrigado a velar pelos bons costumes dos empregados, e a facilitar-lhes o exercício do culto religioso. Se, durante um período muito curto, o operário se vê impedido de prestar os serviços contratados, desde que não seja por culpa sua, o código lhe assegura o direito á percepção dos salários.

O código tem incontestavelmente um character moralizador e socialista, francamente accentuado.

Uma herança oberada se, liquida pela fallencia.

A fallencia já havia sido admittida no direito civil allemão desde 1877. Outras nações também estatuíram esse meio de liquidação para os devedores meramente civis: foi o que fez a Inglaterra em 1861 e em 1863, a Suissa em 1889, a Hollanda em 1893, os Estados Unidos pela legislação fragmentada dos Estados (\*).

O direito commercial teve o seu primeiro código no principio do século passado. O código civil da Prússia de 1794 havia estabelecido regras sobre os commerciantes, os livros de commercio, a sociedade mercantil, o transporte de mercadorias por mar, os corretores e agentes de cambio, as avarias, seguros, letra de cambio e fallencia. Mas, taes

---

\* Já desde o começo da idade moderna alguns estatutos das cidades da Itália estendiam a fallencia aos não commerciantes.

preceitos, rudimentares e escassos, não satisfaziam as necessidades do commercio, que se foi desenvolvendo incessante e extraordinariamente no século findo.

O código comercial francez, promulgado em 1807, para ser applicado de 1 de janeiro de 1808 em diante, não foi tão innovador como o código civil. A maior parte de suas disposições já estavam consagradas pelas ordenanças de Luiz XIV de 1673 e 1681. Não obstante, foi o código commercial francez, para nos, servimos da phrase de Vidari, o "pae" dos codigos que teve o século XIX. O nosso de 1850, o italiano de 1865, substituído em 1882, o portuguez de 1833, completamente refundido em 1888, o argentino de 1862, reformado em 1889, o chileno de 1865, os da Hespanha, Hollanda, Rússia, Grécia, Turquia, se filiam ao código francez.

A Inglaterra, como em relação a outros ramos do direito, se tem manifestado avessa á codificação de suas leis cornmerciaes.

Os códigos promulgados nos últimos annos do século findo revelam as modificações e progressos por que passou o direito commercial. O código francez do começo dó século não regulava a venda mercantil, nem a conta-corrente, nem os seguros terrestres, nem os seguros sobre vida, nem os títulos de obrigações ao portador, ,nem. varias outras relações de direito. Os promulgados no ultimo quartel do século, como o italiano de 1882, por exemplo, contêm normas especiaes sobre cada uma desas matérias, que regulamentam desenvolvidamente. O contrato de compra e venda mercantil é sujeito a disposições menos rigorosas que as do direito civil. Estabelecem-se preceitos sobre o contrato de reporte. A regulamentação das sociedades de toda espécie é refundida, para o fim de se conciliar a liberdade com a responsabilidade privada, restricta, ou extincta, a ingerência dos governos, e creadas garantias contra a fraude. Para favorecer o desenvolvimento das sociedades e garantir os credores, regula-se a emissão de títulos de

obrigações ao portador, e nominativo. Preceitua-se sobre as sociedades cooperativas. A letra de cambio, por disposição expressa dos códigos mais adiantados, deixa de ser mero instrumento do cambio trajecticio, para ter conjunctamente a função, não menos importante, de substituir a moeda. O contrato complexo da conta-corrente é disciplinado por normas especiaes. Incluem-se disposições sobre os cheques, sobre os armazéns geraes e os *warrants*, sobre os seguros terrestres, sobre os seguros de vida. Nos paizes mais adiantados o legislador se esforçou por escoimar a fallencia das grandes despesas e prolongada duração do processo, e por evitar as fraudes e conluos do fallido com alguns credores.

No código comercial allemão de 10 de maio de 1897 não mais se vêem capítulos, ou secções, em que se disponha sobre a letra de cambio e sobre a fallencia. Uma e outra são reputadas instituições communs ao direito civil e ao commercial. A letra de cambio, segundo a theoria que afinal foi acceita geralmente, constitue prova de uma obrigação formal, que póde ser assumida indistinctamente por commerciantes e não commerci antes, posto que ainda ajuizada perante os juizes do commercio. E a fallencia civil já está decretada em vários paizes, como vimos ha pouco.

A unificação do direito privado, a promulgação de um código único, em que se encerrem os preceitos discriminados em civis e commerciaes, não passou de mera aspiração de alguns juristas, repellida pelos legisladores. Prova-o o código promulgado pela Allemanha em 1897. Uma das excepções a essa regra foi ensaiada pelo código federal das obrigações da Suissa em 1881.

A liberdade de commercio, isto é, a faculdade concedida a todos os estrangeiros de se estabelecerem e commerciareem em um paiz, nas mesmas condições que os nacionaes, consagrada pela revolução franceza na celebre lei de 2 de março de 1891, foi se dilatando cada vez

mais no correr do século XIX, o que também succedeu á liberdade do commercio internacional, terestre e marítimo.

O direito internacional publico progrediu admiravelmente. A escola idealista, que só admittia um direito das gentes ideal, philosophico, e a escola positivista (no sentido especial desta expressão no direito internacional), que só reconhecia os principios juridicos consagrados ou formulados pelos tratados, fundiram-se na escola eclética, de que foram representantes autorisados no século findo Heffter, Bluntschli, Neumann, Holtzendorff, Fiore, Calvo.

O congresso de Vienna de 1815, que reorganizou politicamente a Europa, proclamou a liberdade de navegação em todos os rios que separam ou a travejam diversos Estados, des'de o logar em que se tornam navegáveis até ao mar; estabeleceu preceitos repressores sobre o trafico dos escravos; e fez a conhecida classificação dos agentes diplomaticos em embaixadores, legados e núncios do papa, enviados ordinários ou extraordinários, e encarregados de negócios, accreseentando.mais tarde, em 1818, o Congresso de Aix-la-Chapelle, a classe dos ministros residentes.

Regressou á theoria do equilibrio europeu, estabelecida pela paz de Westphalia em 1648, consolidada péla paz de Utrecht em 1713 e roto por Napoleão I.

Ainda em 1815 foi assignado em Pariz o tractado da *Santa Alliança*, cujo fim ostensivo era applicar aos negócios de interesse commum das três potencias signatárias, Áustria, Rússia e Prussia, os preceitos do Evangelho, da religião e da moral, bem como obrigar por todos os meios os subditos dessas nações á observância dos princípios do christianismo, posto que o intuito recôndito e verdadeiro do famoso

tratado fosse estabelecer uma politica reaccionaria, obrigando-se as potencias á prestação de auxilios mútuos, e a uma vigilância activa sobre a politica interna de todos os Estados, para impedirem, ou reprimirem, todo o movimento popular tendente a modificar a ordem de coisas consagrada pelo Congresso de Vienna. Para este mesmo fim de suffocar as idéas revolucionarias, assignaram-se os tratados de Aix-la-Chapelle em 1818 e de Troppau em 1820.

Contra a politica de intervenção inaugurada pela *Santa Alliança*, os Estados-Unidos em 1823 adoptaram a celebre doutrina de James Monroe, quinto presidente da Republica, o qual na sua mensagem desse anno declarou que a Inglaterra e a Rússia não tinham o direito de alargar a fronteira de suas possessões com preiuzo da região contestada ao norceste dos Estados-Unidos, e que se não devia admittir que a Hespanha transplantasse para a America os princípios da *Santa Alliança*, nem que impedisse o movimento emancipador de suas colónias. Essa opinião pessoal de Monroe foi elevada á categoria de uma doutrina, de direito internacional sob a forma da conhecida máxima: a America pertence aos americanos. Sem embargo de ter sido estabelecida no interesse idos americanos do Norte, a doutrina de Monroe mais de uma vez aproveitou ás nações da America.

Pelo tratado de Pariz de 1856, foi abolido o torso, firmou-se a regra de que o pavilhão neutro tobre a mercadoria inimiga, excepto o contrabando de guerra, bem como a de que a mercadoria neutra não é confiscavel sob pavilhão inimigo, excepto se fôr contrabando de guerra, e declarou-se obrigatório o bloqueio—sómente quando effectivo. O mar Negro foi neutralizado e seus portos, abertos á marinha mercante, ficaram fechados para todos os navios de guerra. Abriu-se o Danúbio ao commercio. A Sublime Porta começou ia participar das vantagens do direito publko europeu. Finalmente, os plenipotenciários da Inglaterra, Áustria, França, Rússia, Sardenha e Turquia, emittiríam e fizeram



transcrever no protocollo o seguinte veto: "Os Estados entre os quaes surgir qualquer desintelligencia deverão, antes de recorrer ás armas, appellar para os bons officios de um apotencia amiga.

O tratado de Londres de 1871 modificou a *Convenção dos Estreitos* de 1841, para garantir a execução das estipulações do tratado de Pariz de 1856.

Em 1878 o tratado de Berlim remodelou a vida politica do Oriente, assegurou a hegemonia da Rússia em relação a essa parte da Eurcxpa, e firmou la liberdade religiosa na Turquia.

Recorreu-se largamente á arbitragem durante todo o século, para a solução de questões de ordens diversas. Assim: em casos de detenção arbitraria de subditos ou agentes de um Estado por subditos ou agentes de outro Estado, foram proferidas decisões arbitraes na questão *La Forte* em 1863, na do Capitão Wite em 1861; em contestações sobre fronteiras ou limites de territórios, o tratado de Gand de 1841 instituiu três commissões arbitraes, e já nos últimos annos do século duas decisões foram proferidas, inolvidáveis para a nossa pátria, representada no litigio por um de seus filhos mais illustres por todos os títulos de benemerencia ; em hypothese 'de danos soffridos por um Estado, ou pelos cidadãos desse Estado quanto ás pessoas e aos bens, em consequência de actos illicitos, ou negligencia, de outro Estado, ou de cidadãos de outro Estado, foram julgadas, entre outras, as questões do porto de Fayal em 1841, de Portendic em 1834 e 1835, as reclamações americanas contra o México em 1839 e 1848, a questão do navio *Créole* em 1853, o litigio do *Macedoniano*, em 1858, a questão dos *conventos* em 1821 e 1827. Em 1871 o tratado de Washington determinou as condições em que se deviam submetter á arbitragem as *reclamações do Alabama*. Esse mesmo tra-ctado ainda fixou as seguintes normas: 1ª — um governo neutro deve empregar todos os meios para im'pedir que na sua jurisdicção

territorial seja armado, ou equipado, um barco qualquer que se supponha, com fundamento, estar destinado ao corso, ou a actos de hostilidade contra uma potencia amiga; 2.<sup>a</sup> — um governo neutro não deve tolerar que um dos belligerantes lhe faça dos portos, ou das aguas territoriaes, a base de suas operações navaes contra o outro belligerante, nem que no seu território um belligerante se aperceba de provisões ou de munições, ou recrute soldados; 3.<sup>a</sup> — um governo neutro está obrigado a todas as diligencias necessárias, em seus portos e aguas territoriaes, para prevenir qualquer violação dos deveres mencionados. Depois do tratado de Washington em 1871 foram numerosas as decisões arbitraes: entre outras questões cumpre lembrar a do Chile com diversas potências, porquanto ao representante do Brasil coube a honra de presidir ás commissões da Inglaterra, da França e da Itália, que deviam julgar as reclamações motivadas por actos das forças chilenas de terra e mar, nos territórios do Peru e da Bolívia.

Garantiu-se a liberdade de commercio nas regiões mais longinquas. Em 1885 o tratado de Berlim, assignado pela Allemanha, Inglaterra, Austria-Hungria, Bélgica, Dinamarca, França, Itália, Hollanda, Portugal, Rússia, Hespanha, Estados Unidos, Suécia e Turquia, assegurou a livre navegação dos dois principaes rios da Africa que desembocam no Atlântico, o Congo e o Niger. O tractado de Berlim obriga as nações signatárias a protegerem os indigenas, missionários, viajantes, e quaesquer instituições, religiosas, scientificas, ou philanthropicas que tenham por fim espalhar a civilização entre os indígenas da Africa. A tolerância religiosa está expressamente garantida.

O tratado de Constantinopla de 1888 dispoz que o canal de Suez será livre e estará sempre franqueado, tanto na paz como na guerra, a todos os navios mercantes ou de guerra, sem distincção de pavilhões. O tratado de Pariz de 1884 orçanisou um systema de réguas especiaes tendentes a proteger os cabos submarinos. For mou-se uma *União Postal*

e *Telegraphica*, resultante da convenção de 187c, revista em Berlim em 1885, e da de 1878, desenvolvida pela de 4 de julho de 1891, em Vierana, e depois em Washington, em 1897.

Estabeleceu-se em 1883 uma *União Internarcional para a protecção da propriedade industrial*, e em 1886 igual protecção foi dispensada ás obras litterarias e artísticas.

Civilisou-se muito a guerra. A convenção de Genebra de 1864 poz em pratica a regra: *hostes, dum vulnerati frates*. Segundo essa convenção, as ambulancias e hospitaes militares serão reconhecidos neutros, e como taes protegidos e respeitados pelos belligerantes, em/quanto contiverem doentes ou feridos. A neutralidade cessa desde que as ambulâncias e hospitaes sejam guardados por uma força militar. Todo o pessoal das ambulâncias e hospitaes goza do beneficio da neutralidade. Os soldados feridos ou doentes serão reconduzidos para a sua pátria, assim como os que, depois do tratamento medico, se verificar que são incapazes de continuar a servir. Os que sararem completamente, também poderão ser reconduzidos para o seu paiz, se prestarem o compromisso de se abster da lucta. A convenção exige ura signal distinctivo uniforme para todos os hospitaes e ambulancias, uma cruz vermelha sobre um campo branco. Em 1868 prohibiu-se o uso de balas explosivas, abrindo-se uma excepção pata as armas de grosso calibre. Formularam-se regras para evitar a abordagem no mar. As relações com os povos do Extremo-Oriente tiveram notável incremento.

O *projecto de paz perpetua* não se póde mais dizer um sonho do abbade de Saint-Pierre, ou fel concepção de um ideólogo como o philosopho de Kcenigsberg, depois que por iniciativa do czar de todas as Russias foi convocado e se reuniu o congresso de Haya, que, se não produziu resultados desde já apreciáveis, incontestavelmente denota uma nova corrente de idéas nas relações internacionaes. Nos últimos annos do

século XIX muitos conflictos internacionaes foram prevenidos pelos diversos meios admittidos no direito das gentes: a intervenção amistosa, os bons officios de uma potencia amiga e a mediação, evitaram muitas guerras.

O direito internacional privado tanto se enriqueceu de obras doutrinarias de 1840 em diante, e de convenções internacionaes na ultima metade do século, que é absolutamente impossível condensar em um quadro synoptico os progressos que fez este ramo da sciencia jurídica. Só as convenções internacionaes que Asser e Rivier denominam — *principaes*, expostas muito resumidamente, tomariam maior espaço que o concedido a estia resenha. As marcas de fabrica e de commercio, a assistência judiciaria, a execução dos julgados, as successões, os actos do estado civil, as sociedades commerciaes e industriaes, as questões relativas aos salvados de naufrágios, tudo tem sido regulamentado por meio de convenções internacionaes. *O Systemd de Direito Romano* de Savigny, os *Commentarios sobre o conflicto das leis* de Story, o *Tratado do Direito Internacyonal Privado* de Faelix, os *Commentarios sobre os "Elementos do Direito Internacional"* de Wheaton, por Laurence, os *Commentarios sobre as Leis Internacionais* de Philimore, o *Direito Civil Internacional* de Laurent, o *Direito Internacional Privado* de Fiore, o *Tratado sobre as Leis Internacionaes Privadas* de Westlake, constituem os principaes subsídios scientificos que contribuíram durante o século passado para a formação do direito internacional privado como sciencia autonoma.

A despeito de todos esses esforços, as opiniões continuaram divergentes sobre a questão primordial de saber se a lei pessoal é a da nacionalidade, ou a do domicilio. O código civil allemão consagrou o principio da nacionalidade, que é o que se confórma com as idéas modernas.

O direito romano passou por notáveis modificações, quanto aos elementos de estudo e ao methodo de exposição. As *Institutas* de Gaio, de que apenas se conhecia um resumo, incluído na collecção das leis romanas feita por ordem de Alarico II, foram descobertas por Niebuhr em Verona, no anno de 1816. Em 1823 descobriu-se a collecção de fragmentos de jurisconsultos e de constituições imperiaes conhecidas sob a denominação de — *Vaticana juris romani fragmenta*. Em 1871 foram achadas na Andalusia duas taboas de bronze, em que se continham fragmentos consideráveis do regulamento colonial, *lex colamos*, que César, pouco antes de morrer, deu á colónia denominada *Genetiva Júlia*. Em 1851 encontraram-se, por acaso, em Málaga duas taboas de bronze com o regulamento, municipal que o imperador Deocleciano, notável pela administração que organizou, concedeu á cidade federada de Málaga e á cidade de Salpensa. Muitos outros fragmentos do direito romano só foram conhecidos no correr ao século XIX.

A constituição politica de Roma, era imper-feitamente conhecida. Graças aos trabalhos colos-saes de Mommsen e de Marquardt, póde-se hoje estudar o direito publico romano tão profundamente como se estuda o da Inglaterra. No *Manual das Antiguidades Romanas* depara-se-nos uma exposição minuciosa da organização da magistratura romana, das attribuições e emolumentos dos magistrados, das insígnias e 'honras desses funcionarios, da sua representação e responsabilidade, da realeza, do grande pontífice, do consulado, da dictadura, do *magister equitum*, do tribunato, da pretura, dos governadores de provincias, dos tribunos do povo, de censores, dos edis, da questura, dos presidentes do jury dos magistrados extraordinarios, dos magistrados auxiliares, dos poderes constituintes extraordinários, do principado, do patriciado, dos clientes, da plebe, do estado patrício — plebeu, dos impostos, do serviço militar, da competencia e funcionamento da assembléa do povo, do

direito de cidade, da ordem senatorial, do regimen municipal, de todas as instituições do direito publico romano.

A escola histórica, que, tendo como vexillarios no ultimo século Niebuhr e Savigny, dominou por largo tempo, muito já havia feito progredir os estudos de direito romano. No começo do seculo deu-se um reflorescimento dessa disciplina, ainda mais pujante do que o movimento do século XVI quasi suspenso no século XVII, e especialmente no século XVIII. Depois que mais tarde Savigny publicou o seu *Systema de Direito Romano*, o methodo synthetico foi geralmente adoptado para a exposição das leis romanas nas obras didácticas. Só os grandes commentadores das *Pandectas* continuaram com o methodo analytico, isto é, com os commentarios, que são desenvolvimentos das glosas. Pertencem ao século XIX nomes de romanistas como estes: Gluck, Puchta, Hasse, Vangerowd, Cramer, Goschen, Winoscheid, Muhlenbruch, Warnkoenig, Ihering, e tantos outros.

O direito romano no século XIX deixou de ser a lei vigente( lei principal e não a subsidiaria) nos últimos paizes que ainda o applicavam, isto é, deixou de ser uma parte do *direito commum germânico*. Só se estuda o direito romano actualmente como legislação subsidiaria, ou por interesse scientifico. Alas, nunca esse direito foi tido em maior estima pelos cultores da jurisprudência do que no século XIX. Estupendo, maravilhoso senso jurídico o desse povo que, ha cerca de dois mil annos, organisou um corpo de leis que ainda hoje offe-rece as mais sabias, as mais justas soluções, para um sem numero de difficultosos, de intrincados, de particularíssimos litígios da complicada vida moderna!

A historia externa geral do direito, para nos servirmos da phrase de Roussel, ainda aguarda seu Bossuet. Escreveram-se unicamente algumas historias especiaes ou locaes, como a excellente *Historia do Dirito e das Instituições Politicas, Civis e Judiciarias* da

Inglaterra, por Glasson, os *Estudos sobre a historia das instituições primitivas* de Sumner Maine, a do direito francez de Laferrière, o manual da historia do mesmo direito de Poinet, a historia do direito italiano de Salvioli, a do governo e legislação de Portugal por Coelho da Rocha, a magnifica *Historia da Administração Publica em Portugal* por Gama Barros, os estudos de historia do direito de vários paizes por Dareste, a historia das fôrmas primitivas da propriedade por Laveleye.

A philosophia do direito passou pela mais profunda revolução, para não dizermos que se constituiu na ultima metade do século XIX. Renovou-se completamente o methodo applicado ao estudo dessa doutrina. O que se denominava philosophia do direito, ou direito natural (expressões até ha pouco usadas indistinctamente), era um conjuncto de princípios que se affirmavam revelados de um modo sobrenatural, ou dados pela revelação natural da razão, reputada uma faculdade meramente transmissora das idéas universaes e absolutas, um poder intuitivo, comparável á percepção externa — pela qual adquirimos o conhecimento dos phenomenos que se passam fora do *eu*. Admittidos os princípios religiosos, os corollarios deduzidos constituíam as regras de direito, e desse modo se formava uma theoria sem nenhum character scientifico, uma doutrina que se apresentava como se fora uma sciencia, mas cuja base era a revelação sobrenatural, um ponto de fé, uma affirmação theologica. Aceitos os princípios subjectivos do racionalismo, as idéas absolutas do methodo apriorístico, deduziam-se as affirmações virtualmente contidas em taes princípios, e desse modo se formava uma theoria cuja base era um rudimentar e imperfeito conhecimento da psychica humana. Assim, a philosophia do direito não era uma doutrina scientifica. Asserções dependentes de crenças religiosas, ou idéas *a priori*, não ministram fundamento para a formação de uma sciencia.

A applicação do methodo positivo ( o único processo de que dispõe a intelligencia humana para a aquisição de verdades scientificas) ao estudo dos phenomenos sociaes apagou a antithese profunda que havia entre a moral, o direito, e todas as disciplinas que se occupavam com os factos do organismo social, e as sciencias cujo objecto é o estudo dos phenomenos do mundo physico, inorgânico ou orgânico. Investigam-se hoje as leis dos factos jurídicos, ethicos, políticos, económicos, ou sociológicos, pelo mesmo methodo lógico porque se estudam as leis da physica, da chimica, ou da biologia.

Toda doutrina que actualmente pretende revestir-se de um character scientifico, precisa ter como base a observação dos factos, que é o alicerce commum para as inducções de todas as sciencias.

A observação, directa e histórica, mostra-nos que a vida social é uma injuncção da natureza de certos animaes, entre os quaes está o homem: é um facto geral, constante, necessário, isto é, uma lei. A observação, directa e histórica, do viver colectivo mostra-nos que a agremiação é impossível sem uma certa restricção da actividade dos indivíduos consociados.

Essa restricção de actividade, em beneficio da harmonia da grei, impõe-se fatalmente ás próprias sociedades animaes, como as das formigas, das abelhas, dos castores. Comprehendida por' seres dotados de uma organização psychica incomparavelmente superior, cuja intelligencia se eleva á comprehensão das verdades mais geraes, das generalisações mais altas, e cuja vontade obedece a uma riqueza maravilhosa de motivos, a necessidade da restricção das acções dos membros componentes do todo leva naturalmente á formulação das regras, dos preceitos, dos commandos impostos á actividade voluntária. Dá-se aqui a applicação de uma verdade geral: estudamos toda e qualquer sciencia com Um fim útil; procuramos conhecer as leis dos



phenomenos para podermos prever; e prevemos para adaptarmos a nossa conducta, evitando o que é possível evitar pelo esforço humano, e sujeitando-nos — resignados — ao inevitável.

As normas jurídicas são manifestações artísticas, traducções — sob a forma de preceitos — de verdades geraes, ou leis scientificas, obtidas pela inducção e pela deducção. A missão da sciencia é descobrir as connexões causaes, as relações necessárias, entre os actos voluntários do homem e suas naturaes consequências. Feito isso, o instincto de conservação e a tendência para o progresso impellem a sociedade e formular regras, que nos imponham a pratica dos actos conducentes á conservação e ao desenvolvimento do individuo e da collectividade.

Esse foi sempre, em ultima analyse, o fundamento dos preceitos da moral e do direito, que o empirismo offerecia sob a forma de mandamentos religiosos, e o subjectivismo apresentava como corollarios de princípios indemonstraveis.

Foi já na ultima metade do século passado que philosophos como Stuart-Mill, Spencer, Schaf-fle, arrimados no. methodo scientifico applicado por Comte ao estudo de todas as sciencias, inclusive as sociaes, e jurisconsultos como Carie, D'Aguanno, Cogliolo, e tantos e tantos outros, ergueram a philosophia do direito, isto é, a doutrina que investiga os princípios fundamentaes do direito, á dignidade de sciencia.

---

O Século XVIII legou ao século XIX a preocupação da liberdade politica, que durante longo tempo foi objecto da questão jurídica mais empolgante, mais incandescente.

O século XIX não expirou sem formular, para ser solvido pelo século XX, um probelma de ordem jurídica.

Este é o mais formidável de quantos jamais se agitaram no domínio do direito.

A organização actual da propriedade, resultado de uma lenta evolução de muitos séculos, porquanto accuradas investigações históricas e seguras inducções nos mostram que nos tempos primitivos, assim como ainda hoje entre as agremiações humanas rudimentares, dominava a propriedade collectiva da terra, tem sido rudemente combatida pelos sectários de novos ideaes economico-juridicos.

O socialismo, nome commum a todas as theorias que subordinam mais ou menos completamente o indivíduo ao Estado, e restringem mais ou menos a propriedade individual em beneficio da propriedade collectiva, preconisa a necessidade de corrigir as desigualdades sociaes.

Não se confundem os socialistas com os anarchistas. Estes querem que a humanidade regresse ao *estado natural*, ideado pelo empirismo revolucionário de João Jacques Rousseau. Não pretendem somente a abolição da propriedade individual, tal como se acha oonstituida. Vão além., e aspiram a um reviramento completo da vida humana, em que se extingam todas as magistraturas, todos os vínculos de direito, todos os instrumentos de policia social, a uma existência, em summa, *more ferarum*. Para realizar a utopia anarchista, que é um idyllo todo tecido de optimismo, de caridade, de affeições e de benevolência mutua, fora mister destruir a sociedade actual pela espoliação e pelo assassinio. A cruel phantasia anarchista apregoa como a forma suprema da justiça o an-niquilamento de uma organização que se effectuou necessariamente, fatalmente, graças ao império de forças naturaes incoercíveis. Somente seria possível a realização dessa velleidade anti-scientifica, se os homens fossem dotados de todas as virtudes, cuja completa negação se nos depara exactamente naquelles, que, sem o mais

amortecido sentimento de piedade ou de probidade, átariciam o "grande sonho negro de tudo purificar pela chamma dos incêndios".

O anarchismo não é uma theoria discutível em face das sciencias que estudam o homem e a sociedade. E' apenas uma incitação ao crime.

No sentido lato da expressão, o socialismo comprehende o communismo, o collectivismo e o socialismo propriamente dito.

Pretende o communismo que não exista o direito de propriedade singular: todas as cousas são propriedade commum de todos os homens. A autoridade publica, ao Estado cumpre repartir com egualdade o uso e gozo dos bens cuja propriedade a todos pertence. Em que consiste essa distribuição equalitaria? Aqui surge a divergência entre os sectários da theoria, e profunda, irreductivel. Querem alguns que se distribua a riqueza de consumo com egualdade absoluta, abstracção feita das necessidades e dos merecimentos de cada um. Adoptam outros o lemma: *a cada um segundo suas necessidades*. Finalmente, não faltam communistas que almejam a repartição da riqueza de consumo segundo a capacidade productiva de cada individuo.

O communismo equalitario, distribuindo quinhões idênticos aos diligentes e aos desidiosps, consagraria a maior das injustiças e estancaria todos os incentivos da producção económica; pois, dados os actuaes caracteres psychicos do homem, é a mais vaporosa utopia pretender que elle trabalhe, impellido somente por motivos altruisticos, sociaes ou humanitários.

A distribuição das riquezas de consumo segundo as necessidades de cada um, além dos graves inconvenientes apontados, crearia um numeroso exercito de funcçionarios públicos que, cerceando a liberdade, e sob um regimen inquisitorial, teriam por missão averiguar as

necessidades de cada individuo, ou de cada família. Pelo principio fundamental da theoria, aos inválidos e aos ineptos é que se deviam distribuir maiores porções da riqueza do consumo que aos fortes, activos, intelligentes e productores.

Se praticássemos a distribuição, segundo a capacidade productiva de cada individuo, teríamos o mesmo regimen inquisitorial, mais vexatório e intolerável, além de que não evitaríamos a desigualdade, que aliás é um facto natural, resultante da diversidade de aptidões.

Quer o collectivismo que se divida toda a riqueza das nações em duas partes, uma das quaes pertencerá á communhão, continuando a outra a ser propriedade dos indivíduos. Qual a parte da sociedade, qual a de cada um, ou dos indivíduos? E' assumpto de renhida controvérsia. Para alguns, a panacéa que deve curar todos os soffrimentos do proletariado, consiste na desapropriação, pelo Estado, de todas as terras do domínio privado. Para conseguir essa desapropriação, não fora mister o emprego de meios violentos: basta o augmento do imposto territorial, feito de tal arte que absorva toda a renda dos proprietários. Outros não se satisfazem com a nacionalização do solo: dividem toda a riqueza em duas espécies, a de producção e a de consumo, e querem que a primeira, isto é, o capital, pertença ao Estado, e a segunda ao individuo. Não semente o solo e todos os immoveis, mas as próprias coisas moveis que formam a riqueza reproductora, passam ao domínio do Estado. Organizam-se cooperativas para a exploração de todos os ramos do trabalho; e, visto que se não retira do producto a renda da terra, nem o premio do capitalista, nem o lucro do empresario, os operários percebem um salário equivalente ao producto pleno do seu trabalho. Não se exclue o interesse privado: o individuo póde acumular. Verdade é que ha um limite rigoroso a essa accumulção, pois que todo o capital pertence ao Estado, e só as riquezas de consumo podem ser accumuladas pelos indivíduos. Não se suprime a

herança, que fica reduzida, ás riquezas de consumo, as únicas sobre as quaes póde incidir o direito de propriedade singular.

O collectivismo, parcial ou integral, não viria de modo nenhum implantar entre os homens o pleno domínio da justiça e a sonhada igualdade. Em primeiro logar, dada a variedade dos climas e da fertilidade das terras, será sempre impossível fazer uma distribuição equalitaria do solo entre as agremiações humanas. A desigualdade fatalmente subsistiria entre as nações, Estados, ou communes diversas. Como se cultivariam as terras? Por contratos de emphyteuse, ou de arrendamentos? Surgiriam forçosamente novos factores de desigualdade económica. Por meio de operarmos contratados pelo Estado ? O extraordinário augmento do funcionalismo cercearia a liberdade individual e a independência politica do cidadão. Se admittimos a herança, temos uma fonte permanente de desigualdades e injustiças. Se abolimos a herança, desaparece um dos melhores, dos mais efficazes estímulos da producção e do progresso; porquanto, dada a impossibilidade jurídica de transmittir os bens por esse modo, o homem não despenderá a mesma actividade physica e intellectual que hoje. Se permittimos a accumulção das riquezas de consumo, apparece a propriedade individual com as desigualdades que lhe são inherentes. Se vedamos essa accumulção, temos o communismo com todos os seus inconvenientes.

O socialismo propriamente dito não alimenta a aspiração. communista. de fazer de todas as coisas propriedade commum de todos os homens, nem pretende abolir a propriedade privada sobre o capital, ou riqueza de reproducção. Sem extinguir a propriedade individual, quer attenuar quanto possível as desigualdades económicas ora existentes. Para conseguir esse resultado, invoca a acção do Estado, cuja intervenção os adeptos de todas as theorias socialistas reputam indispensável.

Eis aqui algumas das principais idéas do programma socialista: a regulamentação do salário; a diminuição e fixação das horas de trabalho; a fundação de sociedades cooperativas, estipendiadas ou auxiliadas pelo Estado; a supressão do trabalho das creanças e mulheres casadas; a criação das corporações de artes e officios; o estabelecimento de caixas de soccorros para os inválidos do trabalho, e para as viúvas e orphans de operários; a educação pelo Estado dos filhos de operários; um imposto progressivo, ou de qualquer modo pesado, sobre a herança e o luxo.

Muitas das aspirações das varias escolas do socialismo propriamente dito não de ser fatalmente concretisadas em leis. Não ha um só homem de coração bem formado, que se não sinta confrangido ao contemplar o doloroso quadro offerecido pelas sociedades actuaes com a sua moral mercantil e egoistica. O socialismo ha de triumphar parcialmente. O seu triumpho é infallivel, necessário.

A grande difficuldade do problema está em de tal arte conciliar os princípios da egualdade e da justiça com o da utilidade, que, mitigados os males economicos do protelatriado, se não supprimam os estímulos egoisticos da producção, o que seria supprimir o progresso da espécie humana, pois não ha desenvolvimento intellectual e moral sem certas condições de bem-estar material.

Essa vae ser a grande, a colossal tarefa do século XX.

"O mundo inteiro está attento ao que se vae passar, é presa de uma agitação immensa, e pergunta cem angustia qual será a solução do mais temeroso problema que jamais se formulou."

---

O estudo retrospectivo da evolução jurídica do século XIX só deve infundir-nos alentos e esperanças. Não obstante os seus erros e os seus crimes, nunca, em período nenhum da historia, os homens gosaram de tanta liberdade politica e civil; nunca a personalidade humana foi mais respeitada; nunca os direitos em geral foram menos violados; nunca as guerras foram mais espaçadas; nunca as luctas entre os individuos e entre as nações tiveram um caracter menos selvagem.

## **DIREITO CONSTITUCIONAL**

### **DA COMPETÊNCIA DO ESTADO PARA LEGISLAR SOBRE O PROCESSO DAS JUSTIÇAS LOCAES**

#### **I**

Com a sua reconhecida proficiência, que ninguém mais do que eu respeita e admira, meu illustrado collega, Sr. Dr. João Mendes Júnior, publicou por estas columnas uma série de artigos, para o fim de demonstrar que, em virtude de varias disposições da Constituição Federal, não podem os Estados legislar sobre o processo das justiças locaes.

Se o erudito professor tivesse sustentado a sua these em direito constituendo, affirmando que em nosso regimen politico aos Estados não se devia ter dado a faculdade de legislar sobre o processo, e que importa promover a reforma do n. 23 do art. 34 da Constituição Nacional, não hesitaria um só momento em o applaudir sem restricções.

Mas, o douto jurisconsulto occupou-se com o direito constituído, com a interpretação de textos constitucionaes e sua proposição final foi escripta en face do direito positivo brasileiro.

Verdade é que no desenvolvimento de sua asserção remontou aos princípios que dominam a materia, e seu trabalho nessa parte foi um

estudo philosophico. das consequências reputadas absurdas e perigosas que decorrem da interpretação geralmente dada ao art. 34, n. 23. Foi talvez esse o fundamento capital da conclusão a que chegou.

A these do Sr. Dr. João Mendes Júnior tem contra si o elemento grammatical, o elemento lógico e o elemento histórico da lei.

Pretendendo demonstrar essa verdade, para depois investigar como deve ser praticada a disposição constitucional, não me demorarei na questão de saber se as locuções — *leis substantivas* e *leis adjectivas*, *direito material* e *direito formal*, — têm os graves inconvenientes que se afiguram ao meu illustrado collega. Observarei apenas que um dos nossos melhores jurisconsultos, Paula Baptista (§ 5 da Theor. e Prat. do Proc), não as julga tão impróprias. Continuemos todavia a usar do termo — *processo* —, de preferencia a qualquer outro.

Em um ponto preliimnar não, posso chegar a um accôrdo com o Sr. Dr. João Mendes Júnior: não é possível hoje admittir o methodo escolástico.

Com raras excepções, os philosophos da nossa época condemnam a Escolástica pela "submissão mais ou menos completa, da philosophia ao dogma, pelo uso excessivo da deducção e do syllogismo, pela extrema subtileza das analyses, em geral verbaes, pela tendência a dar realidade a meras abstracções, e a crear entidades explicativas que não explicam cousa alguma."

As suas definições e divisões, os seus catêgore-mas e categorias, só têm o effeito de empecer, confundir, embrulhar os assumptos.



O processo *analytico*, o *methodo* de observação, dos philosophos modernos é incntestavelmente um guia muito melhor para o estudo de quaesquer questões.

Vejamos uma prova, um exemplo, uma amostra. Já que o Sr. Dr. João Mendes Júnior tanto se preocupa, a propósito de leis substantivas e leis adjectivas, com a idéa de substancia, com as substancias em potencia, e com as substancias em acto, comparemos a noção de substancia que nos dá a Escolástica com a noção de substancia da philosophia contemporânea.

Entre os escolásticos escolhamos um autor muito preconizado pelo meu erudito collega, Sansévérino, "*Philosophie Chrétienne*". Entre os sectários do *methodo analytico* tomemos ao acaso H. Taine, "*Les Philosophes Classiques du XIX Siecle*".

Eis aqui a noção de substancia que nos dá a Escolastica:

A substancia, como categoria, póde definir-se uma *coisa á qual pertence ser em si e não em uma outra, isto é, não em um substratum*. Para tornar clara essa noção, cumpre explicar: 1º porque a substancia não é definida um ser que é em si, mas uma coisa á qual pertence ser em si; 2º o que significam as palavras ser em si e não em outro ser. Quanto á primeira questão, é preciso notar que a substancia, como as outras categorias, é um modo especial segundo o qual uma coisa é realmente, *actu*, na natureza, e que por conseguinte não podemos concebê-la sem estas duas coisas distintas: uma coisa que existe de um certo modo, e o modo particular segundo o qual ella existe na realidade, *actu*. E' por essa razão que a substancia não deve ser definida: um ser que existe em si, ou por si, para assignalar a differença entre a própria coisa e o modo como ella existe realmente, *actu*, em a natureza, isto é, entre o ser da essência e o ser da existência. Quanto á segunda questão, na definição de substancias as palavras ser por si ou ser em si excluem a

inherencia a um *substratum*, isto é, significam que aquillo que denominamos substancia não tem seu ser em outra coisa, como em seu *substratum*, mas não excluem da substancia a causa efficiente da sua existência, ou não indicam que pertença á noção de substancia não receber seu ser de um outro ser, pois as substancias creadas recebem seu ser de Deus.

Ora, a coisa á qual pertence *ser em si, e não em outro ser*, se denomina substancia, principalmente pela razão de que ella é o *substratum* dos accidentes, e por conseguinte subsiste (*substat*) sob os accidentes. A prova de que *a substancia é o substratum* dos accidentes aqui está: se o *substratum* dos accidentes não fosse uma substancia, seria sem duvida um outro accidente, e como ete accidente exige um substratum, , ao qual adhira, seria necessário admittir uma série indefinida de accidentes. Ora, uma tal série, segundo a confissão de todos, é um absurdo. Logo, o *substratum* dos accidentes é a substancia.

Até aqui a noção, e a explicação com que a Escolástica procura tornar clara a sua noção.

Vejamos agora como Taine nos explica o que é substancia. E' a propósito do supposto axioma, ou verdade racional, intuitiva, absoluta, innata, de que toda qualidade suppõe uma substancia, que elle nos diz o que é substancia.

Que é uma substancia,? Que é uma qualidade? Esta pedra é dura, branca e quadrada. O eu pensa, sente e quer. A pedra, o eu são substancias; a dureza, a brancura, a forma quadrada, o pensamento, o sentimento, a vontade, são qualidades.

Reflectamos por um momento, e havemos de vêr que as qualidades são partes, elementos, aspettos, em uma palavra — abstracções, ou, mais propriamente, — abstractos da substancia, e que a

substancia é o conjuncto, o todo indivisível, o dado concreto e complexo de que se extraem as qualidades. O objecto, antes da analyse e da divisão, é a substancia; o mesmo objecto, analysado e dividido, mostranos as qualidades. A substancia é o todo, as qualidades são as partes. Tirae, ou separae, pela abstracção, todas as qualidades de um objecto, todos os seus modos de ser, todos os aspectos sob os quaes podemos encaral-o, e que restará? Absolutamente nada. A substancia não é alguma coisa real, distincta e differente de suas qualidades. E' por uma illusão que nós a representamos como uma espécie de sede, ou ponto de apoio, em que assentam as qualidades. A pedra figurada não é coisa alguma além da forma, da extensão, da dureza, da côr, das propriedades physicas e chimicas que encerra.

Não se deve dizer que ella seja a collecção das qualidades, porquanto a palavra collecção indica um todo fabricado de partes primitivamente separadas. E' um conjuncto, um todo primitivo, e as qualidades nada mais são do que partes desse conjuncto, separadas pela faculdade da abstracção. O principio de que toda qualidade suppõe uma substancia quer dizer que todo abstracto, toda parte, todo fragmento, ou elemento, extrahido de um dado mais complexo, suppõe esse dado mais complexo, o que é uma proposição indiscutível.

Ahi temos uma noção clara e verdadeira do que é substancia. Desde o grão de areia até o homem, e desde o homem até Deus, a substancia é isso que tão suavemente nos explica e faz comprehender um pensador apoiado no methodo analytico, no processo da observação, que não exclue a deducção, mas que delia não abusa.

Para que, pois, atordoarmo-nos com o *fatras scolastique*, com esse *arsenal de palavras*, que tudo escurece, e que hoje nada adianta ?

O *Philosopho* e o *Anjo da Escola*, isto é, Aristóteles e Santo Thomaz de Aquino, nenhum auxilio nos prestam para o estudo da questão de direito que nos preocupa.

E muito menos o *Doutor Subtil*, o *Doutor Illuminado*, o *Doutor Invencível*, e o *Doutor Seraphico*, para não fazer a menor allusão ao *Doutor Maravilhoso*, isto é, Duns Scott, Raymundo Lulle, Guilherme de Occam, S. Boaventura e Rogério Bacon, a famosa cohorte dos escolásticos disciplinados e indisciplinados.

Essas abantesmas da philosophia medieval dissiparam-se ha muito, desde os primeiros alvares do século XVII, ao forte clarão projectado pelo génio potente de Francisco Bacon.

## II

Os termos em que está redigido o n. 23 do art. 34 da Constituição Federal, o pensamento que se lê em varias outras disposições dessa lei, e o estudo das idéas dominantes sobre a diversidade das leis, ou separação do direito, na assembléa constituinte, e já antes de sua reunião, não permitem a menor duvida quanto ao principio consagrado pelo legislador brasileiro.

“Compete privativamente ao Congresso Nacional, prescreve o art. 34, n. 23, legislar sobre o direito civil, commercial e criminal, da Republica e o processual da justiça federal.”

Uuma clara divisão das leis estava incontestavelmente na mente do legislador: de um lado as leis civis, commerciaes e criminaes, do outro, em opposição, as leis de processo.

Quanto ás primeiras, conferiu ao Congresso Nacional o poder de as formular indistinctamente. Quanto ás segundas, subdividiu-as em leis processuaes da justiça federal, e leis processuaes das justiças dos Estados, justiças reconhecidas em mais de j um artigo da Constituição. Assim subdivididas as leis de processo, o legislador declarou o Congresso Nacional competente unicamente para legislar sobre o processo federal.

Mas, diz o Sr. Dr. João Mendes Júnior, nas leis não se presumem palavras inúteis, e o adverbio *privativamente* tem o seu correlativo opposto: o texto exclue a competência dos Estados para legislar sobre o direito civil, commercial e criminal, da Republica, e o processo da justiça federal, mas não exclue a competência do Congresso Nacional para legislar, posto que não *privativamente*, sobre o processo das justiças locaes.

A competência *privativa*, conferida pelo art. 34, está em antithese, não o contesto, com uma competencia *não privativa*; mas, os termos antitheticos são os artigos 34 e 35. No primeiro o legislador declarou o Congresso Nacional *privativamente* competente para praticar todos os actos enumerados no artigo. No segundo estatuiu: "Incumbe, outrosim, ao Congresso, *mas não privativamente*, velar na guarda da Constituição e das leis, e providenciar sobre as necessidades de character federal; animar no paiz o desenvolvimento das lettras, artes e sciencias, bem como a immigração, a agricultura, a industria e o commercio, sem privilégios que tolham a acção dos governos locaes; crear instituições de ensino superior e secundário nos Estados; prover á instrucção secundaria no Districto Federal."

A antithese está, pois, encerrada nos dois artigos 34 e 35. Limita-se a essas duas disposições. *Não privativamente* legisla o Congresso Nacional sobre os assumptos do art. 35.

E' a lei que o diz expressamente.

O art. 35, § 1º, confia ao Congresso Nacional a missão de velar na guarda da Constituição e das leis. O art. 72 assegura a inviolabilidade dos direitos. De-duz-se dessas disposições que, se os congressos dos Estados fizerem leis de processo ou *de organização judiciaria* (matéria em que ninguém lhes nega competencia) que firam o direito civil, commercial e criminal, da Republica, ao Congresso Nacional cumpre abrogar essas leis. E' um conseqüentio lógico e necessário do regimen federal, em que a soberania está encarnada na União, e os Estados apenas são autónomos. *Une conséquence nécessaire de la souveraineté de l'E'tat federal est que la loi fédérale abroge par le fait même de sa promulgation toute disposition des lois d'un E'tat particulier qui lui est contraire Bundesrecht bricht Landesrecht, droit federal hrise droit particulier. Cette régie, qui découle d'ailleurs nécessairement de la souveraineté de l'E'tat federal, se trouve expressément formulée dans la plupart des constitutions fédérales, et son existence ne fait nul doute dans les rares constitutions qui ne la mentionnent pas expressément"* (Le Fur, E'tat Federal, pagina 593).

Sob esse ponto de vista, o Estado tem a sua actividade legislativa limitada tanto em relação ás leis de processo como no que concerne ás leis de organização judiciaria. A paridade é tanto mais evidente, quanto é certa a conexão, a relação de dependência, entre essas duas espécies de leis. As leis substantivas, cuja observância a Constituição Federal nos garante, ou assegura, podem ser violadas pelo modo como se organisa o poder judiciário do Estado, ou pela natureza do processo estatuído: em uma e outra hypothese o Congresso Nacional pôde e deve intervir, corrigindo os desvios da acção legislativa dos Estados.

Dahi não é permittido concluir que os Estados não tenham competencia para organizar as suas leis processuaes, pela mesma razão por que até hoje ainda ninguém concluiu, nem mesmo o meu illustre

collega, que os Estados não possam legislar sobre a sua organização judiciária.

Ter uma competência limitada não é equivalente a não ter competência.

Que o pensamento do legislador constituinte foi o que tem sido exposto neste artigo — podemos facilmente verificar pela leitura dos debates. Os deputados que tinham competência para discutir este assumpto sustentavam todos a these tão brilhantemente desenvolvida pelo Sr. Dr. João Mendes Júnior.

O Sr. José Hygino em magistral discurso pedia, não só a unidade das leis de processo, como a unidade da organização judiciária, demonstrando 'com eloquência os inconvenientes do regimen judiciário adoptado. ("Annâes da Consttuinte", vol. 2º, pagina 64). O Sr. Amphiphio queria ao menos que as leis de processo fossem as mesmas para toda a nação. Na sessão de 8 de outubro de 1897 dizia elle : "Não conheço, em sã consciência o digo, coisa mais repugnante no terreno dos princípios, attentado maior contra a lógica e o pouco que o meu passado de juiz me fez conhecer do assumpto. A lei processual deve ser o reflexo da lei substantiva; naquella se devem reflectir, como em um espelho sem aço, todo o pensamento, espirito, intuitos e previsões desta. Uma é complemento e execução da outra." (*Diário do Congresso Nacional*, de 10 de novembro de 1897).

A todos respondeu o ministro da justiça, Sr. Campos Salles, em extenso discurso, mostrando de modo muito claro que o pensamento do governo era o expressamente exarado na Constituição: dar aos Estados a faculdade de legislar sobre o processo e sobre a organização judiciária. Foi essa a idéa que triumphou.

O systema adoptado, posto que máu, não é original. Copiou-se da Constituição Argentina, que no art. 67, § 11, dispõe que o Congresso Nacional compete organizar o código civil, o commercial, o penal e as leis sobre minas, naturalização, direitos de cidadão, fallencias, falsificações de moeda e documentos públicos do Estado, e as relativas ao jury.

A Constituição de Venezuela de 1874, reproduz a disposição da Constituição Argentina (art. 13, § 22), excluindo, o que parece incrível, o direito commercial, que ficou entregue aos Estados. O systema da nossa Constituição é, pois, o systema da Republica Argentina, onde cada província legisla sobre a sua organização judiciari e sobre o seu processo. O poder legislativo nacional só tem competência para elaborar as leis processuaes da justiça federal, o processo applicado perante os tribunales da capital, e alguns processos especiaes para os tribunales das províncias.

O systema argentino foi o reputado melhor (!) por um dos escriptores que mais concorreram para a divulgação dos ideaes republicanos em nosso paiz. Lastarria termina a sua obra — "Lecciones de Politica Positiva". com um projecto de constituição, que denomina — *"Bosquejo de una constitución politica arreglada a los principios y doctrinas de la ciência"*, em cujo art. 39 dá ao Congresso Nacional a faculdade de "hacer todas las leyes necesarias para ejercer las precedentes atribuciones y para regir el derecho comun de la República en lo civil y penal, menos los procedimientos judiciales que son de la competencia de las asambleas de provincias.

Conclúe-se do que precede que o legislador constituinte quiz conferir, e conferiu, ao Estado a faculdade de legislar sobre o processo das justiças locaes, limitando essa faculdade do mesmo modo como limitou a faculdade de organizar as justiças locaes. O elemento grammatical, o



elemento lógico e o elemento histórico da lei, não auctorísam interpretação diversa.

Mas, diz o illustre Sr. Dr. João Mendes Júnior, e aqui está o seu argumento capital, se fosse permittido aos Estados supprimir, ou alterar, quer os actos necessários á ordem do juízo, quer os actos necessários ao juizo, desappareceria por esse facto a garantia constitucional da segurança dos direitos e da execução das leis federaes.

Eis um ponto que exige detido exame.

### III

As garantias judiciaes, — ensina Pescatore, repetindo uma verdade incontestável, dependem: 1º da própria natureza e do methodo das leis civis e [penaes, applicadas pelos juizes; 2º da organização judiciaria, isto é, do complexo systeriatico dos tribunaes, singulares e collectivos, que concorrem para a administração da justiça; 3º da natureza, do systema, do methodo das leis de processo, que na investigação da verdade jurídica (determinação dos factos e das leis civis e penaes, applicaveis) asseguram ás partes contendentes a contradição recíproca egualdade de tratamento e a liberdade de discussão nos limites do honesto (*Procedura Civile e Criminale*, volume 1º, pag. 4).

Da composição dos tribunaes, dos graus de jurisdição, da distribuição das materias entre as diversas especies de juízos, dependem em grande parte a segurança dos direitos e a execução das leis. Póde organizar-se de tal modo o poder judiciário de um Estado, que o effeito das melhores leis substantivas seja annullado na pratica em virtude da viciosa constituição da judicatura.

Consequentemente, para ser coerente com suas premissas, o Sr. Dr. João Mendes Júnior devia negar ao Estado competência para legislar sobre a organização judiciária.

Não o fará de certo, porque lh'o veda o texto expresso da constituição. Não deve igualmente recusar ao Estado competência para legislar sobre o processo pela mesma razão.

Cabe aqui lembrar mais uma vez a estreita conexão, a mutua dependência, entre o processo e a organização judiciária. Se a Constituição tivesse outorgado ao poder federal a faculdade de instituir o processo das justiças locais, os inconvenientes, as dificuldades de execução, a balbúrdia, seriam talvez maiores que os figurados pelo meu illustrado collega como derivados da interpretação geralmente dada ao art. 34, n. 23, da Constituição. Bastará attentar no capitulo dos recursos, para descortinar as desastrosas ; consequências do systema que outorga á União competência para legislar sobre o processo, e ao Estado o poder de legislar sobre a organização judiciária.

Mas, admitíamos por um momento, e só para argumentar, que não haja relação alguma entre o direito substantivo e a organização judiciária, e que a segurança e execução do primeiro dependam exclusivamente do direito processual.

A palavra *acção* significa simultaneamente direito, remedio de direito e processo.

Empregado o termo na primeira, accepção, não temos um direito diverso do que se faz valer pelo processo perante a autoridade judiciária. E' o mesmo direito violado, que reage, que se põe em *acção*.

Legislar sobre o direito civil, commercial e criminal, é legislar sobre a *acção* nesse sentido.

A reacção do direito violado, perante a autoridade competente e pela forma determinada pelo direito judiciário, é o meio legal de defender esse direito, de restabelece-lo, e, pois, se diz um *remedio de direito*.

O direito, violado, ora reage de modo extra-legal, sem fórmulas preestabelecidas pela lei, como nos casos de guerra, revolução e legítima defesa; ora reage por meio de actos que constituem o processo.

As normas jurídicas que determinam esses actos, as leis de processo, distinguem-se do direito material; porquanto, ao passo que este tem suas raízes nas condições próprias da sociedade, as leis processuais são "*prodotti totalmente intellettuali, mezzi escogitati dal legislatore allo scopo di pervenire alla più pronta scoperta e definizione dei diritti e dei doveri controversi*" (Gabba, *Retroattività delle Leggi*, volume 4º, pag. 399, 3ª edição).

Combinações variadas, diversos meios escogitados pelo legislador, *productos intellectuales* diferentes, podem levar-nos a resultados igualmente bons.

Não será o direito substantivo suficientemente garantido na Inglaterra, na calma, na prática, na exemplar Inglaterra, tão respeitadora de todas as leis de direito interno? Entretanto, nada se nos depara no processo inglês que lembre as contestações, as réplicas, as tréplicas, as alegações finais escritas, do nosso direito judiciário.

Vejamos rapidamente o "que é o processo inglês perante os *tribunais de condado*. Nas questões que se decidem de acordo com a common law, o autor faz inscrever sua demanda (*plaint*) em registro guardado por um funcionário, que corresponde ao nosso escrivão. Essa peça do processo, contém os nomes, prenomes, domicílio das partes e, a indicação dos factos que originaram o processo. Se a questão é decerta

importância, o autor deposita uma declaração minuciosa de sua pretensão em tantos exemplares quantos são os réus. Cita-se o réu, que recebe as cópias depositadas. Em certos casos o próprio autor, ou seu attorney, pôde substituir-se ao escrivão (digamos assim, na falta do termo próprio) no redigir a citação.

A citação indica o objecto da demanda, os motivos ou os fundamentos da pretensão do autor, o dia nem que em que o réu deve comparecer.

O réu deve comparecer á próxima audiência do tribunal, não podendo em caso algum o prazo do comparecimento exceder a tres mezes. Se a citação lhe é feita menor de dez dias antes da audiência, o juiz pôde adiar o comparecimento do citado para a audiência seguinte. Se o réu tem excepções a oppor, previne por escripto ao escrivão cinco dias pelo menos antes da audiência, e o escrivão communica-o pelo correio ao autor. Na audiência para a qual se fez a citação, o autor, ou o seu attorney, expõe verbalmente sua pretensão; contesta o réu também verbalmente; apresentam-se todas as provas que os litigantes têm em seu favor, e o juiz profere a sentença. Nas questões julgadas *in equity* o processo é um pouco mais complicado, podendo o réu contestar por escripto. Ao juiz é permittido adiar o julgamento, se precisa de tempo para o estudo da questão (Glasson, *Droit et Institutions de l'Angleterre*, vol. 60, pagina 309).

Pelo facto de ter a Inglaterra um processo tão diverso do nosso, poder-se-á dizer que lá o direito substantivo tenha a sua applicação assegurada, e aqui não, ou vice-versa?

Fixa o nosso direito o prazo de dez dias para a interposição da appellação; o argentino o de cinco; o italiano o de trinta, ou de sessenta. Poder-se-á deduzir que na Itália a applicação do direito é mais assegurada do que no Brasil ou na Republica Argentina?

Porque em virtude do regul. n. 737, de 1850, foram abolidas a segunda dilação probatória de dez dias, a terceira de cinco, e a quarta de dois e meio, que estatua a Ord., liv. 3<sup>a</sup>, tit. 20, para as acções ordinárias, poder-se-á affirmar que desapareceu a segurança dos direitos feitos valer por essas acções?

A Constituição do Império exigia a conciliação antes do inicio de qualquer causa, sob pena de nullidade de todo o processo. O decreto de 26 de abril de 1890 aboliu essa inutilidade. Será licito increpar o legislador de 1890 de ter diminuído a segurança dos direitos e a execução das leis substantivas?

A lei de 24 de setembro de 1864 estatuiu para a cobrança das dividas hypothecarias a assignação de dez dias. A lei de 5 de outubro de 1885 substituiu a acção decendiaria pela executiva. Abalou-se por esse facto a segurança dos direitos?

O decreto de 19 de setembro de 1890 mandou applicar ás causas civis o processo do regul. n. 737. Diminuíram-se em virtude da alteração as garantias judiciais do direito substantivo?

Os actos processuaes *são meios excogitados pelo legislador para o fim de conseguir o mais seguro e prompto conhecimento dos direitos e obrigações controvertidos*, na phrase de Gabba.

A essa proposição é possível que o Sr. Dr. João Mendes Júnior, que em processo e pratica judicial é *maestro di color che sanno*, opponha uma contestação formal, asseverando que ella é uma aberração dos princípios do direito.

No próximo artigo ha de ver o meu erudito collega que excellentes autoridades apadrinham a minha affirmação.

#### IV

Para demonstrar que as modificações do processo dentro de certos limites não violam a segurança dos direitos, prefiro reproduzir textualmente as lições de alguns mestres a lhes resumir o pensamento.

Na melhor de suas obras, — *Le Droit Civil International* escreveu Laurent, distinguindo os actos ordinatórios dos actos decisórios:

A' primeira vista poder-se-ia suppôr que as provas constituem uma dependencia do processo. Os litigantes produzem suas provas em juízo, no curso de um processo, para o fim de esclarecer o juiz, que sobre essas provas funda a sua decisão; e é obrigado a decidir segundo as provas legais: quando mesmo tivesse conhecimento pessoal do facto litigioso, não poderia prevalecer-se desse conhecimento, tomando-o para fundamento de sua decisão. Desde que o facto é legalmente provado, o juiz deve admittil-o como verdadeiro, ainda quando alimente alguma duvida a respeito. A prova é, pois, um elemento essencial na distribuição da justiça; mas, tudo o que concerne á justiça não pertence á prova. Ha nesta matéria uma distincção tradicional, que serve de base á theoria geralmente adoptada para determinar a lei que regula as provas. Transcrevo o que disse Boullenois em seu Tratado da personalidade e realidade dos estatutos "Denominam-se regras *ordinatorias* dos juizos (*ordinatoria judiciorum*) as que dizem respeito á instrucção do processo e ao modo de proceder das partes e dos juizes, isto é, ás *formas*, ás *solennidades* do processo. Chamam-se *decisórias* as regras que servem de base á decisão do litigio (*litis decisória*). As *formas de proceder* são *extranhas aos motivos de decidir*."

Essas formas, ou o processo propriamente dito, variam de um paiz a outro, podem ser absolutamente diferentes, sem que taes diferenças influam na decisão da causa. O processo do direito canónico era todo escripto, e ainda se observa esse systema na lei prussiana, ao

passo que o processo francez é oral e publico. Entretanto, os dois systemas, em questões idênticas, nos levarão em regra á mesma decisão. Por que? Porque a decisão é independente do processo (vol. 8º, n. 20).

E logo em o numero seguinte: A distincção das regras *ordinatorias* e *decisórias* é capital, no que toca á lei que rege o processo e á lei que rege as provas. As formas de proceder mantêm uma ligação intima com o direito publico: *dependem antes de tudo da organização dos tribunaes*. Seria uma usurpação do poder soberano pretenderem os estrangeiros que sua lei nacional regulasse as formas de proceder em um paiz em que as leis prescrevem formas totalmente diversas. Os litigantes, como diz muito bem Rocco, não têm nenhum interesse nisso; pois, as diferenças de processo não influem na decisão da causa. Sem duvida o processo tem por objecto uma bôa administração da justiça, mas *diversos systemas podem conduzir ao mesmo fim*. E' inútil insistir sobre este ponto, estando todos de accôrdo, — *tout le monde étant d'accord*.

Se fizermos a distincção que nos ensina Mattiolo entre leis que se referem á essência da prova, á sua admissibilidade em juizo, aos efeitos da mesma, ás pessoas que a devem offerecer, e leis que regulam o modo como as provas devem ser produzidas em juizo, incluindo as primeiras no direito substantivo e as segundas no processo, teremos completado a explicação de Laurent.

Asser e Rivier, distinguindo claramente os *actos ordinatorios dos decisórios*, ensinam: Os primeiros são formalidades propriamente ditas do processo, prescriptas para o fim de assegurar o andamento justo e correcto do processo, e que não exercem influencia directa sobre o conteúdo da sentença. Os actos decisórios comprehendem tudo o que é preestabelecido para o fim de determinar a relação jurídica que existe entre as partes, tudo o que póde consequentemente influir de modo directo sobre a decisão do processo. *As formas ordinatorias são*

*inseparáveis da natureza do tribunal, de sua competência, do modo como deve desempenhar as suas funções.* Todos estão de accôrdo sobre esse ponto,—*tout le mon de est d' accord sur ce point.* (*Eléments de Droit International Prive*, pag. 159).

Promulgada uma lei pelo poder federal em nosso paiz, só temos direito a um processo em que se nos offereçam as garantias judiciais, e não a este ou áquelle determinado processo. E' o que explica perfeitamente Gabba: O direito adquirido ao processo tem por objecto o processo em geral, e não esta ou aquella forma de processo, este ou aquella acto processual. A razão é que os actos processuaes, ainda quando empregados para fazer valer direitos adquiridos, *não têm conexão substancial com esses direitos, permanecem extrínsecos, e não se podem absolutamente considerar efeitos e consequências do direito material.* Adquirindo um direito protegido pelas leis processuaes, o individuo por certo adquire ao mesmo tempo o direito de proceder em tempo opportuno judicialmente, e adquire esse direito tanto em face da pessoa obrigada, quanto em face do Estado, que organisa e regula os actos procesuaes; mas, o modo de proceder, isto é, a organização e regulamentação dos actos judiciais, compete ao Estado determinar, e não é objecto de direito adquirido em relação a outra pessoa e muto menos em frente do Estado. O Estado regula os actos processuaes correspondentes aos vários fins jurídicos a que esses actos nos levam, partindo não de uma verdadeira necessidade lógica, mas da idéa de oportunidade dos meios ara a consecução dos fins, e no interpretar essa oportunidade, e no determinar as formas adequadas ao escopo de um dado processo, tem um campo livre para *combinações engenhosas (ha libero campo ali inventare)*, e *frequentes ocasiões* de aperfeiçoamento, como acontece em todas as *obras de natureza mais technica do que racional* (obra citada, vol. 4º, paginas 405 e 425, 2ª edição).



Não ha, em regra, ligação necessária entre um direito substantivo e um determinado systema de processo. O titular de um direito tem a faculdade de o fazer valer por uma acção: eis a única relação necessária que ha entre o direito material e o processo. Mas, qual a fórma dá acção, quaes os actos. processtraes, conducentes á relisação do direito material? Eis o que póde variar, desde que sejam respeitados; certos princípios cardeaes.

Não se póde dizer, observa Demolombe, que os indivíduos tenham tido especialmente em vista as *formalidades do processo e da execução* estatuídos pelas leis, no momento em que se formaram seus direitos e obrigações (*Cours de Cod. Napol*, vol. 1º, n. 59)

Dalloz já havia fornecido a base da theoria desenvolvida por Gabba, quando escreveu: "Em uma acção judicial, cumpre bem distinguir o que só pertence á forma, á instrucção, ou ao processo, e que os jurisconsultos denominam *ordinatorium litis*, do que interessa ao fundo da causa, daquillo cuja omissão ou ausencia neutralisa, ou annulla, a acção, e que os jurisconsultos chamam *decisorium litis*. As formalidades da primeira ordem são reguladas pela lei existente ao tempo em que a acção foi intentada; as da segunda ordem não dependem senão da lei sob cujo império se deu o facto de que deriva a acção. Tomemos, por exemplo, a prova testemunhal: â forma segundo a qual se deve proceder á audição das testemunhas é *ordinaria litis*, e consequentemente subordinada á lei em vigor no tempo da inquirição. Mas, a questão da admissibilidade dessa prova só deve ser resolvida pela lei sob cujo império se adquiriu a acção. Tal é a doutrina de Merlin, Favard de Langlade, Duranton e Marcadé" (Rép. verb. *Loís*, numero 335).

Resalta do que fica escripto que os jurisconsultos que têm mais profundamente estudado a natureza das normas processuaes, por ocasião de analysarem os seus limites no espaço e no tempo, não vêm

uma *connexão substancial*, para repetir a expressão de Gabba, entre os actos ordinatorios do processo e os direitos que se protegem por esses actos.

O direito processual tem um caracter especialmente technico. *Diversos productos intellectuaes, meios differentes excogitados pelo legislador*, podem levar-nos aos mesmos resultados, em geral. Essa é a opinião, explicita ou implicitamente sustentada pelos escriptores que tenho citado.

Porque, pois, affirma o Sr. Dr. João Mendes Júnior que os Estados não têm competência para legislar sobre os actos ordinatorios em geral, isto é, sobre os actos propriamente processuaes?

## V

A Constituição Federal conferiu ao Estado a faculdade de legislar sobre a organização judiciaria e o processo das justiças locais. Seria preferível que ao Congresso Nacional fosse dada essa attribuição. Mas, enquanto não se reformar, o nosso direito politico positivo é o que está consagrado nos textos constitucionaes.

Não podemos dizer da nossa lei fundamental o que disse alguém da constituição, ou, mais propriamente, do direito constitucional da Inglaterra: as constituições não são feitas, fazem-se. O legislador constituinte brasileiro limitou-se a copiar vários artigos da constituição americana. A disposição que tenho procurado interpretar foi tirada, não da constituição americana, mas da argentina.

Que nos cumpre fazer, enquanto não se corrigir esse defeito da nossa organização politica? Estudar como deve ser executado o preceito constitucional.

Posto que defeituoso, o nosso systema não encerra os absurdos, nem os corollarios prejudiciaes á segurança dos direitos e á execução das leis materiaes, que suppõe o Sr. Dr. João Mendes Júnior.

Não encerra esses absurdos, porque não se dá entre o direito substantivo e o processo a *connexão substancial* que figurou o meu illustrado collega. Segundo a doutrina ensinada por mestres autorisados, as disposições processuaes podem variar sem que se diminua a segurança dos direitos.

Os actos ordinatorios, matéria das leis processuaes, têm um character antes técnico do que scientifico. Por meio de combinações varias se obtêm os mesmos resultados.

Os corollarios não são tão prejudiciaes, porque em nosso regimen politico somente a União é soberana, e os Estados são autónomos. Sempre que os Estados promulgarem leis de processo, ou de organização judiciaria, em virtude das quaes, pela inobservância dos elementos indispensáveis do processo, sejam supprimidas as garantias do direito material, á União cabe abrogar essas leis.

Isso quer dizer que ha limites á actividade legislativa dos Estados na elaboração das leis de organização judiciaria e de processo. Dentro desses limites, que não excluem uma certa amplitude, e que o próprio Congresso Nacional não poderia ultrapassar, os Estados têm a liberdade de escolher varias combinações processuaes.

E' o que se dá na Republica Argentina, que só tem um código de processo, aprovado pelo Congresso Nacional, para as justiças da capital, além das leis de processo federal. As províncias legislam sobre o processo dos seus tribunaes, singulares e collectivos.

Certos processos, não ha duvida, são inseparáveis das leis materiaes a que se referem. Tal é o processo da fallencia.

Não se póde contestar o que escreveo o illustrado Dr. Carvalho de Mendonça na sua obra, recentemente publicada,—*Das Fallencias e dos meios preventivos da sua declaração*:—"E' a fallencia, em seus traços geraes e predominantes, uma emanação do estatuto procesual, um meio extraordinário de execução, um *concursus creditorum*, e o que a distingue dos meios ordinários da execução é o seu character de universalidade e unidade, e o processo original em que se desdobra. Mas, dahi não se póde concluir que a lei de fallencias deva ser de character local, entregue á legislatura dos Estados, pois que visa proteger instituições que estão entregues á defeza e vigilância da União; constitue um estado excepional na ordem juridica; abrange disposições declaratórias de direitos em relação ao fallido e ás pessoas que com elle contrataram; estabelece normas para a celebração da concordata; regula os direitos dos credores e sua respectiva graduação, e disciplina a reabilitação do fallido. Separar o fundo da forma, para entregar aquelle á União e esta aos Estados, é demolir a instituição, pois tão entrelaçadas se acham as disposições leaes de um e de outra, que reciprocamente se completam, produzindo um só todo compacto e harmónico. "Tirae da lei da fallencia o rito procesual", escreve Thaller, "e tereis um edifício levantado no ar e sem alicerces" (*parte primeira*, § 3º).

O congresso nacional da Republica Argentina, o qual tem a attribuição, expressamente conferida por um texto constitucional, de legislar sobre fallencias, não separa as disposições processuaes das materiaes. No actual Código de Commercio Argentino vêm-se conjunctamente disposições de direito commercial e de processo nos artigos relativos ás fallencias. "Existem tal cohesão e immediatas relações entre as disposições de fundo e as que são reputadas processuaes, que a separação offereceria defeitos capitaes no que se póde chamar a

economia da lei. Com effeito, uma vez estabelecidas as disposições geraes em matéria de fallencia, determinados os extremos que a produzem, e os effeitos juridicos que de tal estado decorrem parado commerciante, para terceiros e para os actos executados depois da cessação de pagamentos, impõe-se naturalmente uma ordem immediata de disposições que regulamentem os requisitos e as exigências necessárias á declaração judicial do dito estado, á forma dessa declaração, comprehendendo todas as medidas tendentes á arrecadação de bens, nomeação de um administrador ou syndico, etc, etc." (Parecer da *Commissão de Códigos* da Camará dos Deputados Argentina).

Na própria Suissa, onde a lei de 11 de abril de 1886 regula a fallencia em toda a Confederação, os Cantões têm apenas a faculdade de organizar o processo civil brevíssimo e o processo summario em matéria de opposição ou de requerimento de fallencia, estando as leis que nesse sentido fizeram os Cantões *sujeitas á approvação do Conselho Federal* (Carvalho de Mendonça, *ibidem*).

Se ha processos, como o da fallencia, que são inseparáveis da lei material, não se póde admittir a doutrina do Sr. Dr. João Mendes Júnior, que estende a inseparabilidade sem razão plausivel a um grande numero de processos especiaes, para não dizer a todos. E' assim que o illustrado jurisconculito affirma que os Estados não podem alterar os processos das acções relativas á hypotheca e á letra de cambio, porque taes processos estão ligados a essas instituições, e como que dimanam ou da sua razão de ser, ou da sua razão de existir.

A' grande maioria dos nossos jurisconsultos parece que essa opinião não tem fundamento. Quando se discutiu no senado do Império a lei de 5 de outubro de 1885, nenhum dos propectos parlamentares que tomaram parte nos debates se lembrou de dizer que o processo executivo, estabelecido pela nova lei, era inapplicavel aos contratos já feitos a esse

tempo. Os senadores que exigiram a inclusão na lei do art. 11, apenas o fizeram pela consideração de que a transformação da adjudicação forçada em adjudicação livre, ou facultativa, é matéria de direito substantivo, e não de processo.

Se hoje uma lei do Estado nos fizesse regressar á acção decendiaria para a cobrança das dividas hypothecarias, quem poderia dizer que se tinha desnaturado a hypotheca, por se lhe ter restituído o seu processo primitivo, o processo que já a Ord., liv. 3º tit. 25, havia estabelecido para as *demandas fundadas em escripturas publicas* ?

Foi o próprio Sr. Dr. João Mendes Júnior quem escreveu que as letras de cambio são cobradas em alguns paizes por acção summaria, e em outros por um processo executivo. Se o legislador do Estado, em vez da assignação de dez dias, desse ao devedor o prazo de cinco dias para oppôr seus embargos, seria licito asseverar que a instituição das letras de cambio fora desnaturada por esse novo processo ?

Ha, pois, processos especiaes, como o da fallencia, que por excepção não se podem separar das leis materiaes. Admittidas essas excepções, a regra é a alterabilidade do processo, sem prejuizo das instituições de direito substantivo.

Os Estados têm competência, em regra, para legislar sobre o processo. Tal é a conclusão a que nos levam as premissas lançadas nestes artigos.

Sempre que os Estados, no exercício da faculdade constitucional, ultrapassarem os limites da sua actividade legislativa, ao Congresso Nacional cumpre corrigir os vícios das leis dos Estados. Na própria Suissa, como vimos ha pouco, o Conselho Federal tem esse poder corrector.

Quanto á enumeração dos processos especiaes que o poder federal deve instituir, ninguém no Brazil mais competente para essa tarefa do que o Sr. Dr. João Mendes Júnior, desde que se disponha a observar o preceito constitucional, em vez de o modificar pela sua interpretação.

Foi para o fim de o provocar a emprehender essa tarefa de utilidade pratica para todo o paiz, quer escrevi estas notas despretenciosas.

## **DA COMPETÊNCIA DO ESTADO PARA LEGISLAR SOBRE O PROCESSO DAS JUSTIÇAS LOCAES**

### **I**

Não: francamente a amostra da Escolástica, exhibida pelo Sr. Dr. João Mendes Júnior, não abona a doutrina.

A verdade está com Hyppolito Taine, para quem a substancia é o conjuncto das qualidades, ou com Stuart Mill, para quem a substancia, por outras palavras, é o complexo dos attributos, ou com Alexandre Bain, para quem a substancia, com mais precisão nos termos, designa os attributos essenciaes, fundamentaes, os attributos que definem o objecto, em opposição aos attributos variáveis, cambiantes.

Esses philosophos não dizem, como suppõe a Escolástica, que a substancia seja a mesma coisa que a qualidade: o que elles ensinam é que a substancia é o *conjuncto* das qualidades. Se a proposição não exprime a verdade, mostre-me o Sr. Dr. João Mendes Júnior de modo preciso, depois de eliminados todos os attributos de um ser pela faculdade da abstracção, em que consiste a substancia. Responderá provavelmente que a substancia é o *substratum*. Mas, que é o *substratum* ? Revele claramente o que constitue essa entidade mysteriosa.

O erro da Escolástica, perfilhado por Leibnitz, e resumido na afirmação de que—*a substancia permanece, ao passo que os accidentes mudam*,—deriva da confusão dos attributos essenciaes com os attributos accidentaes. Estes últimos variam, sem que a substancia desapareça. Mas, suprimi pela abstracção os attributos essenciaes, e dissei-me depois o que é feito da substancia. O attributo fundamental do corpo, ou da matéria, é a inércia ou a resistencia, facto essencial e permanente de toda a matéria, no estado solido, liquido ou gazoso. Eliminae a inércia ou a resistência, e explicae-me o que resta da materia.

A distincção entre a substancia e as qualidades reduz-se, em ultima analyse, á distincção real entre a essência e os concomitantes, entre os attributos invariáveis e os attributos variaveis.

Mas, objecta o Sr. Dr. João Mendes Júnior, a qualidade depende da substancia, ao passo que a substancia não depende da qualidade. A isso responderei com Stuart Mill que, assim como não podemos imaginar um attributo sem substancia, também não podemos imaginar uma substancia sem attributo, e que, se o attributo, para existir, depende da substancia, também a substancia, para existir, depende dos attributos.

E' um homem singular esse Cornoldi, citado pelo Sr. Dr. João Mendes Júnior, o qual, quando pergunta—*que é isto ?—espera sempre que lhe respondam: é um leão, é uma pedra, é um homem*. Porque nunca terá ouvido respostas como estas— *é o brilho do sol, é a impetuosidade do vento, é a força extraordinária do leão, é a imaginação fecunda de um homem?*

Provavelmente atalhará o meu distincto contradictor, observando que nas respostas figuradas se allude ás qualidades de algumas substancias, o que prova que a qualidade depende sempre de uma substancia. Não ha duvida: não podemos pensar na parte sem



pensar no todo: e, como a qualidade é somente uma parte do todo chamado substancia, usamos de uma expressão relativa para significar a qualidade.

Stuart Mill é quem diz a ultima palavra sobre este assumpto, quando ensina que a magna questão da substancia e dos attributos se reduz a uma questão de linguagem, de vocábulos, de formas grammaticas: por meio de certas palavras nós exprimimos um todo composto de certas partes, essas palavras são signaes que nos trazem ao espirito determinados conjunctos; por meio de outras palavras nós exprimimos as partes do todo, os elementos do conjuncto separados mentalmente.

Restabelecida a verdadeira noção de substancia, a analogia de Bentham póde acceitar-se perfeitamente. A substancia do direito, ou, por outras palavras, os elementos ou attributos essenciaes do direito são determinados pela lei material; os attributos variaveis consistem nas diversas formas que póde; revestir a reacção do direito violado.

E' necessário que se permita a reacção do direito violado; sem ella o direito nenhuma efficacia teria. Mas, essa reacção póde ser canalizada por varias formas, effectuar-se por combinações diversas, levando todos esses meios ao mesmo resultado final —o restabelecimento do direito.

Tentando mais um argumento contra a analogia de Bentham, pergunta o meu illustrado contradictor se uma lei sobre a litis-contestação é substantiva ou adjectiva. A resposta ha muito que estava escripta, e meu trabalho consistirá unicamente em a resumir: a litis-contestação está sujeita ao direito substantivo e ao direito adjectivo. Pela analyse se discriminam as leis substantivas e as leis adjectivas que regem a litis-contestação. O processo determina a forma da litis-contestação, quaes os actos cuja realisação importa a contestação da lide, quando se deve dizer que a lide está contestada. A lei substantiva prescreve os efeitos da litis-

contestação. E', por exemplo, uma lei substantiva a que estatue que a litis-contestação interrompe a prescrição, ou a que torna a coisa litigiosa, ou a que dá direito aos fructos e interesses desde a contestação da lide. Tudo isto se reduz a esta verdade geral: ha direitos materiaes que nascem de actos processuaes.

A lei substantiva confere esses direitos privados materiaes; a lei adjectiva dispõe sobre o modo como elles nascem, os actos processuaes de que elles decorrem (Gabba, *Retroattività delle Leggi*, Vol. 4º, pag. 420, 2ª edição).

A única objecção que póde fazer o Sr. Dr. João Mendes Júnior á discriminação exposta, é a difficuldade pratica de discernir e separar os factos regidos por leis adjectivas dos factos regidos por leis substantivas. Responder-lhe-ei afoitamente que difficuldade pratica não é impossibilidade pratica, e muito menos impossibilidade scientifica.

Assim como a litis-contestação, a adjudicação está subordinada a leis substantivas e a leis adjectivas. E' uma disposição material a que converte a adjudicação forçada em livre, e *vice-versa*, como foi cabalmente demonstrado no senado do Império. E' lei adjectiva a que prescreve a forma por que se effectua a adjudicação.

Com os seus *instrumentos de precisão*, o Sr. Dr. João Mendes Júnior devia distinguir essas coisas melhor do que ninguém. Entretanto, os *instrumentos* a cada passo o fazem mesclar coisas diversas.

Razão teve o marquez de Pombal, quando chamou á Escolástica—*philosophia dos árabes*. Aquelle Cornoldi que nos apresenta Sócrates, Platão, Aristóteles e Cicero, como fervorosos cultores da Escolástica, aquelle Cornoldi em cuja autoridade tanto confia o Sr. Dr. João Mendes Júnior, por certo é *das Arábias*.

Santo Thomaz de Aquino, em aue havia de dar a tua Escolástica ! Cicero, um gentio nascido 106 annos antes de Christo, vulgarizador das doutrinas de Platão, de Aristóteles e de Zenon, o VictorCousin da antiguidade clássica, — admirador e sectário da tua philosophia, formada na idade média, com as lições de Aristóteles desvirtuadas e com os dogmas catholicos, e a estes sujeita de tal arte, que foi cognominada *ancilla theologiae*, Cicero — escolástico, e com elle Socrates e Platão, anteriores ao teu *Phisosopho*, ó Santo Thomaz de Aquino !...

Nem se diga que a Escolástica encerra o desenvolvimento da tradição peripatetica. Discipulo de Aristóteles, não obstante as censuras dirigidas a este, especialmente em relação ao syllogismo, discipulo que, obedecendo ás tendências do Stagirita, corrigiu e completou-lhe o methodo, foi Bacon. Que importa que a obra de Bacon tenha sido especialmente consagrada á methodologia, e particularmente á inducção ?

Na philosophia universal, como na philosophia de qualquer sciencia, o methodo é quasi tudo.

Bacon apenas deu o signal da batalha; mas, foi ao toque desse clarim que avançaram Bayle, Buckle, Bentham, Stuart Mill, Augusto Comte, Herbert Spencer, Alexandre Bain, Hippolyto.Taine, e tantos outros. E de cada vez que elles avançaram, alguns palmos de terreno foram perdidos pelos adversários, não obstante o grande talento e a enorme coragem destes.

Basta de philosophias.

Desconfio muito que o resultado final de tudo o que temos escripto sobre escolas phisolophicas será cada um de nós continuar com fluas opiniões. Observa um philosopho, cuia autoridade o Sr. Dr. João Mendes Júnior não admitte, que, para nos deixarmos convencer por

outrem em uma controvérsia philosophica, é necessário que tenhamos menos de trinta annos. E' entre os vinte e os trinta annos que se adopta uma philosophia, que se formam as convicções no que toca a essa matéria, que se tem interesse pelas idéas geraes. Passado aquelle limite, o homem lê somente para se distrahir, para estar em dia com o que se escreve, para se esclarecer sobre certos pontos particulares. Os alicerces do edificio já estão lançados, e em torno delles o habito, a preguiça mental, as occupaões praticas e muitos outros factos, lançam uma espécie de cimento, que nada pôde destruir.

Posto que nenhum de nós dois tenha attingido a idade em que, dizia Royer Collard a Alfred de Vigny, *não mais se lê, apenas se relê*, parece que, ou me engano muito, ou infelizmente já transpuzemos a idade da formação philosophica.

O único proveito que podemos colher desta controvérsia sobre generalidades philosophicas é o que Schopenhauer tirou das suas especulações pessimistas. Já no ultimo quartel da existencia, queixava-se *a águia negra do pensamento moderno* de que, sob o ponto de vista pecuniário, sua philosophia nunca lhe tinha rendido coisa alguma; mas, accrescentava logo, reconhecido, que lhe devia o inestimável beneficio de o ter preservado muitas vezes deste flagello da humanidade que se chama o *tédio*, das más companhias, dos maus pensamentos, e consequentemente, das más obras. E' esse talvez o único resultado que eu e o meu illustre contradictor havemos de obter com o estudo destas questões de philosophia. Já não é pouco em meio da *Tristeza Contemporânea*.

Prophetisa o Sr. Dr. João Mendes Júnior no seu primeiro artigo que a Escolástica ha de ser a philosophia do século XX. Não me interessa muito sabel-o antecipadamente.

Se se realizar a prophecia, eu, que no século XX serei homem do século passado, com certeza não poderei conformar-me com as modernices do tempo. Esse requinte de DANDYSMO philosophico-está reservado para o Dr. João Mendes Júnior.

Faço votos por que lhe não faltem *snobs*. Que os tenha tão numerosos como as areia do mar.

## II

O segundo artigo do Sr. Dr. João Mendes Júnior é um soberbo conjunto de modelos admiráveis de sophismas.

Sempre fiel aos processos da Escolástica, o meu illustrado collega, ao interpretar os textos constitucionaes, despresa a realidade viva e palpitante da lei, e affirma certos conceitos geraes, e faz certas divisões arbitrarías, para habilmente deduzir dessas premissas o que já havia preconcebido como a expressão do pensamento do legislador.

Com tal clareza está redigido o art. 34, n. 23, da Constituição Federal, que, para o interpretar correctamente, basta applicar-lhe aquella regra de hermenêutica jurídica formulada por Berriat Saint-Prix nos seguintes termos: "quando a these affirmada se acha litteralmente escripta na lei, nada mais nos cumpre fazer do que citar o artigo da lei, indicando-lhe o numero" (*Logique Juridique*, n. 36).

Ha um ponto sobre o qual o Sr. Dr. João Mendes Júnior está de perfeito accordo commigo: o meu erudito collega reconhece que o art. 34, n. 23, não confere ao Congresso Nacional competencia para legislar sobre o processo em geral. Tanto isso é verdade, que seus argumentos são tirados de outros artigos da Constituição. Nem uma só vez, em todo o decurso de sua brilhante argumentação, tentou demonstrar a verdade de

sua these com raciocínios baseados sobre o *art. 34, n. 23*. Esse receio de se referir á lettra do artigo citado é muito significativo.

Temos, pois, que investigar se as outras disposições invocadas autorisam a conclusão do meu illustre contradictor.

Ha uma opposição, repete o meu distincto collega, entre *attribuições privativas* e *attribuições não privativas*; mas, estas ultimas não podem ser as enumeradas no artigo 35, e não podem ser, porque o artigo 34 contem especialmente attribuições legislativas, ao passo que o artigo 35 contem especialmente attribuições conservadoras e administrativas. Ora, o artigo 35 apenas encerra uma attribuição de inspecção, ou fiscalisação, para me servir da linguagem de Pimenta Bueno, e vem a ser o do § 1º, o qual incumbe ao Congresso Nacional o velar na guarda da Constituição e das leis e providenciar sobre as necessidades de character federal. Todas as mais attribuições, consistentes em animar no paiz o desenvolvimento das lettras, artes e sciencias, da immigração, da agricultura, commercio e industria, em crear instituições de ensino superior e secundário nos Estados, bem como em prover á instrucção secundaria no districto federal, são attribuições em cujo exercício o Congresso Nacional desempenha funcções *legislativas* e administrativas. Entretanto, no artigo 34 ha diversas attribuições que se não podem dizer legislativas, mas que incontestavelmente são conservadoras ou administrativas. Taes são as que tem o Congresso Nacional de declarar em estado de sitio um ou mais pontos do território nacional, e approvar ou suspender o sitio declarado pelo poder executivo, a que permite que o Congresso Nacional conceda amnistia, e a attribuição em virtude da qual o Congresso Nacional commuta e perdoa as penas impostas, por crime de responsabilidade, aos funcionarios federaes.

A antithese incontestavelmente se reduz ao seguinte: de um lado temos *atribuições privativas* de diversas espécies,—legislativas, conservadoras e administrativas, do outro temos *atribuições não privativas* exactamente das mesmas espécies. Por outras palavras, a opposição se verifica entre atribuições privativas que pertencem a um género com varias espécies e *atribuições não privativas* do mesmo género e das mesmas espécies.

Entende o illustrado Sr. Dr. João Mendes Ju-mior que antithese não ha, em relação a atribuições privativas e não privativas, entre os artigos 34 e 35, porque, além do argumento já respondido, o artigo 35 comprehende *encargos que incumbem*, e o artigo 34 *poderes que competem*. Outro engano do meu erudito collega. No artigo 34 está a disposição pela qual o Congresso Nacional ficou encarregado de fixar a despesa e orçar a receita federal annualmente, e ahi temos um verdadeiro encargo ou incumbência, cujo não cumprimento importa a suppressão do regimen representativo. No artigo 34 está a disposição que manda fixar annualmente as forças de terra e mar, e ahi temos mais um encargo, ou incumbência, e não mera faculdade que seja licito ao Congresso Nacional não exercitar. No artigo 34 ainda está a disposição que declara competente o Congresso Nacional para estabelecer os meios necessários para o pagamento da divida publica, e certamente prescrever os meios necessários para o pagamento da divida publica é um encargo ou incumbência, que o Congresso Nacional deve desempenhar antes de cumprir qualquer das incumbências dos §§ 2, 3 e 4 do artigo 35.

Quanto á questão de saber como os Estados exercemi, ou devem exercitar, a attribuição ou faculdade de legislar sobre o processo, — se *alternativa ou suppletivamente*, a resposta é dada satisfactoriamente pelo próprio sr. dr. João Mendes Júnior. No seu terceiro artigo diz o meu illustre collega: "a Constituição dá aos Estados a competencia privativa para legislar sobre organização judiciaria, mas

competencia limitada. Por outra: a competência dos Estados para legislar sobre or-ganisação judiciaria, com quanto privativa, é limitada pelos principios constitucionaes da União."

Se fizermos uma pequena alteração indispensável, a solução será applicavel igualmente á questão da competência para legislar sobre o processo. Ai competência do Estado para legislar sobre a organização judiciaria não é *privativa*; é talvez *quasi privativa*, porque o Estado não pôde legislar sobre a instituição do jury, supprimindo-a ou modificando-a de modo tal, que lhe altere a essência. Fazel-o só pôde um Congresso Nacional *constituente*.

Ora, em relação ao processo o Estado tem competência igualmente limitada para legislar, sendo as excepções a essa competência apenas em maior numero do que na primeira espécie.

Agora, perdôe-me o meu illustrado collega, o sr. dr. João Mendes Júnior vae refutar-se a si próprio. O meu distincto contradictor faz grande cabedal das expressões *competência* e *faculdade*, dizendo que os Estados apenas têm a *faculdade* der legislar sobre o processo, e não competência para isso, porque os termos da Constituição são estes: "é facultado aos Estados — etc." Mas, nestas expressões — *é facultado aos Estados* — estão as duas competencias — a de legislar sobre o processo e a de legislar sobre a organização judiciaria. Não ha na Constituição Federal nenhum artigo em que se confira ao Estado *competência*, de modo expresso, para legislar sobre a organizaçã judiciaria. Entretanto, o sr. dr. João Mendes Júnior acceita essa *competência* do Estado, e não lhe chama *faculdade*.

Que razão tem, pois, para não admittir a competência limitada do Estado para legislar sobre o processo? Se quizer, denomine essas duas *competências* — *faculdades*. Pouco importa. O que não pôde fazer o meu erudito collega é separar uma da outra.



Finalmente, as discussões do projecto de constituição revelam tão nitidamente o pensamento do legislador constituinte, que nesse ponto a controversia é impossível. A regra de Berriat Saint-Prix de que "as induções tiradas dos trabalhos preparatórios em geral são fracas, sobretudo quando na redacção definitiva não ficam traços ou vestígios desses trabalhos" não tem a menor applicação ao caso.

O art. 34, n. 23, reproduz fielmente o pensamento dominante no espirito da maioria do Congresso Constituinte. Quer o sr. dr. João Mendes Júnior palavras mais claras e enérgicas do que as empregadas pelo sr. Amphiloquio, e já reproduzidas por mim em artigo anterior, sobre os inconvenientes e o erro da separação das leis adjectivas das substantivas?

Oiçamos mais uma testemunha dos debates, que com certesa lhes prestou acurada attenção, pois mais tarde escreveu um livro sobre a *Constituição do Brazil*, o sr. Aristides Milton, deputado á Constituinte. A' pagina 166 lê-se: "triumphou a opinião dos que sustentam não haver incompatibilidade entre a unidade da legislação civil, commercial e criminal, do paiz com a divisão do poder judiciario em poder judiciário politico, orgam da lei suprema da União ou da de cada Estado, e poder judiciário administrativo, orgam da justiça ordinária em cada Estado. E, como os Estados têm competência para organizar o seu poder judiciário, não se lhes podia negar a de legislar sobre o processo, pois de outro modo uma desharmonia, funesta a interesses muito respeitáveis, poderia surgir, como aconteceu durante o Império no domínio do Acto Adicional, em que se tornou necessária a lei da interpretação para conjurar os perigos dalli resultantes. Assim não se pôde negar que a disposição contida neste n. 23 foi o resultado de uma transacção entre os que opinavam pela unidade e os outros que sustentavam a diversidade do direito, privado; ella representa o meio termo entre ás duas opiniões

extremas, ficando a União com o direito substantivo, e os Estados com o direito adjectivo."

O systema acceto pela constituinte brasileira foi o da Republica Argentina, de cuja constituição o sr. Aristides Milton reproduz o art. 67, § 11, em seguida ao art. 34, § 23, da nossa, para tornar bem sensível a analogia entre as duas disposições.

### III

O Sr. Dr. João Mendes Júnior não nega a estreita relação das leis processuaes com as de organização judiciaria.

Sómente em vez de subordinar o processo á organização judiciaria, — e tal é a subordinação lógica e chronologica, — sujeita a organização judiciaria ao processo. Não é o processo, diz elle, que deve accommodar-se á organização judiciaria; é a organização judiciaria que deve adaptar-se ao processo.

Admitida essa inversão da dependência lógica e da successão chronologica das instituições de direito judiciário, pretende que o Congresso Nacional tenha a attribuição de legislar sobre o processo, ao passo que os Estados têm competência *privativa*, posto que *limitada*, para legislar sobre organização judiciaria.

Sendo assim, de duas uma: ou os Estados organisam a sua judicatura, devendo cingir-se rigorosamente ás leis de processo (as quaes podem ser feitas de tal arte, que conttenham em si os elementos essenciaes da organização judiciaria), e nesse caso os Estados não legislam, não podem legislar, sobre a criação e competência de seus tribunaes, singulares e collectivos; ou os Estados não são obrigados a se adstringir ás prescripções do Congresso Nacional sobre o processo, e nesse caso não

se respeita a estreita relação, a conexão substancial, entre o processo e a organização judiciária,—affinidade que o Sr. Dr. João Mendes Júnior não contestou, e apenas explicou de modo diverso, invertendo os termos da relação de dependência.

Acceitas as premissas do meu illustrado collega, chegamos á conclusão de que os Estados só criam logares de magistratura, augmentam e diminuem esses logares, mas não legislam sobre a organização e competencia dos seus juízos, o que vai de encontro á própria interpretação do Sr. Dr. João Mendes Júnior, ou a consequências muito mais funestas á administração da justiça do que todas as que *figurou* o meu contradictor como derivadas da interpretação que tenho dado ao art. 34, n. 23, porquanto teríamos o processo em dissonância com a composição dos tribunaes.

O argumento capital, o argumento Achilles, do Sr. Dr. João Mendes Júnior prova demais.

A ser verdade o que diz o meu illustre collega sobre a intimidade irreductivel do direito adjectivo com o substantivo, a conclusão lógica e necessária não é a que deduziu, a saber—que os Estados não podem legislar sobre o processo, mas, sim, esta outra, —a saber—que o Congresso Nacional não póde alterar o processo enquanto não alterar as instituições de direito material.

Eis ahi o que quer dizer, e o que deve dizer, o Sr. Dr. João Mendes Júnior, para ser correcto e rigoroso nas suas deducções. Cada instituição de direito substantivo deve ser promulgada com o seu respectivo processo. Cumpre que desapareçam os códigos de processo. E, como a mesma conexão substancial se verifica entre o processo e a organização judiciária (conforme reconhece o meu douto contradictor), é mister que as instituições de direito substantivo tenham uma organização

judiciaria correspondente, aparelho necessário e imutavel para a realização do correspondente direito material.

Em ultima analyse, são essas as consequência irrefragaveis da inseparabilidade das duas espécies de leis - materiaes e formaes — propugnada pelo Sr. Dr. João Mendes Júnior.

Acceitas as proposições do meu illustre collega, o direito internacional privado terá de soffrer a mais profunda revolução. Até hoje se tem entendido que certas leis substantivas de um paiz devem ser applicadas em outro por magistrados e de accôrdo com o processo deste outro paiz. Dada a connexão substancial entre o processo e o direito material, será mister que os juizes de uma nação julguem de conformidade com o processo de outra, o que não sei se haverá Estado que tolere.

Acceitas as proposições do meu illustre collega, a theoria da retroactividade das leis terá de ser completamente refundida. Até hoje se tem entendido que uma lei nova sobre processo é applicavel a factos passados. Dada a connexão substancial entre o processo e o direito material, será mister continuar a applicar o processo já revogado aos factos regidos por leis substantivas a que correspondia o dito processo. E, como a organização judiciaria deve adaptar-se ao processo, no sentir do meu douto contradictor, teremos também os tribunaes abolidos ao lado dos novos tribunaes, até que se julguem as relações de direito creadas em épocas anteriores.

Veja o Sr. Dr. João Mendes Júnior as consequências do seu principio da inseparabilidade do processo.

Admittido esse principio, não posso extranhar que o meu distinctissimo collega manifeste uma grande reluctancia em acceitar o systema da separação de leis, consagrado pela Constituição brasileira. O

que absolutamente não compreendo é que negue este facto: as leis processuaes variam muito de um paiz para outro. O exemplo tirado do processo inglez, comparado com o nosso, prova essa verdade.

Neste ponto o Sr. Dr. João Mendes Junior fez uma observação que me obriga a uma resposta. Preferi reproduzir alguns traços do processo adoptado perante os *tribunaes ou cortes de condado*, porque esses tribunaes, posto que organisados primitivamente para julgar pequenas demandas, *têm tido a sua competência constantemente alargada por leis suecessivas*. "*La tendance générale du législateur anglais est d'élargir sans cesse la compétence des cours de conte*" (Glasson. *Droit et Institutions de l'Angleterre*, vol. 6", pag. 558). Mas, o Sr. Dr. João Mendes Júnior quer que se compare o nosso processo, não *com o dos tribunaes ou cortes de condado*, mas com o processo estabelecido pelo act. de 1873. Seja feita a sua vontade.

Mas, nesse caso a comparação lhe é muito mais desfavorável, porque, conforme ensinou o próprio Sr. Dr. João Mendes Júnior, os inglezes têm o JURY CIVIL, coisa que nós desconhecemos.

Além disso, o acto de 1873 instituiu uma espécie de decisão que para nós é uma surpresa. Para evitar as chicanas e as protelações forenses, que Shakspeare no celebre monologo do *Hamlet* julga causas sufficientes para levarem um homem ao suicídio, o act. de 1873 autorisa a côrte a pronunciar uma condenação immediata, sem nenhuma instrucção judicial, em favor do autor, sempre que este affirma o seu direito por meio de um *affidavit*, isto é, affirma sob juramento que em sua opinião e de bôa fé o réu não pôde oppôr nenhum meio serio de defesa. Ao réu fica reservado o direito de por *affidavit*, ou de outro modo, provar que tem justas causas de opposição ás pretensões do autor.

A realização de um tal processo depende, para não produzir efeitos perigosíssimos para os direitos das partes, de uma organização judiciária como! só os ingleses têm conseguido.

Não se póde affirmar que a acção ordinária tenha os mesmos actos ardinatorios em sua forma intrínseca em todos os paizes civilizados. Para não alongar este artigo, limitar-me-eí a pedir a atenção do Sr. Dr. João Mendes Júnior para o titulo II, secção 6º, do Código de Processo (*Código de Procedimientos*) da capital da Republica Argentina. Ahi nada se lhe deparará que se possa equiparar á réplica, ou á tréplica, da acção ordinária do nosso processo.

Disse em um de meus artigos, entre outros exemplos, que nada impediria o Estado de restaurar o processo decendario para a execução hypothecaria, visto como primitivamente era. esse o meio de cobrar uma divida hypothecaria, meio tão de accôrdo com a nossa Ord., liv. 3º, tit. 25. Não é possível, observa o Sr. Dr. João Mendes Júnior, porque o Estado em tal hypothese se afastaria dos intuitos do legislador civil, o qual annexou á hypotheca o processo executivo por consideração de ordem económica. O argumento é improcedente. O facto de ter o legislador modificado uma lei de processo por considerações de ordem económica incontestavelmente não tira á lei processual o character de lei processual, não lhe altera a essência de lei do processo, não faz da lei do processo uma lei substantiva. Sempre que modifica o processo, o legislador o faz, impellido por certos motivos de interesse social ou de ordem publica, porquanto os processos são *productos intellectuaes*, combinações mais ou menos engenhosas, meios excogitados para a consecução de um fim, o que não quer dizer que as disposições processuaes exprimam combinações *arbitrarias* do poder legislativo, como suppõe o Sr. Dr. João Mendes Júnior ter eu afirmado. A idéa de combinação ou disposição de meios adequados a um fim exclúe a idéa de actos praticados *arbitrariamente*. Em summa, se a lei de processo não se

desnatura, porque o legislador a fez impellido por considerações económicas, o Estado em virtude dos textos constitucionaes póde alterar essa lei por considerações económicas, ou por outras ainda mais ponderosas. Se nem sequer isso fosse permittido em face da nossa Constituição, do regimen federal só teríamos o nome.

Em um Estado póde convir o processo executivo como meio de facilitar o credito immobiriário; em outro póde ser tal a abundância de capitães, que se não faça necessário estabelecer um processo tão violento.

Com a sua autoridade inconstestada de mestre egrégio na materia, o Sr. Dr. João Mendes Júnior quasi qualificou de erro o ter eu escripto que o decreto n. 359, de 26 de abril de 1890, que aboliu a formalidade da conciliação exigida pela constituição do Império, alterou o nosso proceso, sem podermos entretanto increpar o legislador de ter diminuído as garantias judiciaes. Diz o meu collega que a conciliação é de direito civil.

Tenha paciência. A conciliação é um contrato por meio do qual as partes se compõem voluntariamente, evitando uma demanda, com a cooperação do juiz (Gargiulo, *Corso Elementare di Diritto Giudiziario Civile*, n. 373). Esse *contrato* é admittido em todos os paizes civilisados, não me consta que haja alguma legislação que o prohiba. Esse contrato póde ser feito em nosso paiz, hoje como antes do decreto citado, que absolutamente não alterou a natureza e os efeitos desse contrato. Antigamente era obrigatória a tentativa de conciliação; hoje não se exige mais essa formalidade preliminar das demandas.

Que foi, pois se aboliu? Uma *formalidade preliminar*, diz a lei, *um acto judicial*, diz Paula Baptista (§ 82).

Como quer o Sr. Dr. João Mendes Júnior confundir o contrato chamado *conciliação* com essa *formalidade preliminar*, com esse acto judicial, em que o juiz de paz perguntava ás partes se queriam conciliar-se, e ellas respondiam—não, em que o juiz de paz insistia na pergunta, mostrando as vantagens da composição, e as partes persistiam na resposta— não e não?

Se as partes, o que era uma excepção, se conciliavam, o que ainda hoje podem fazer, lavrava-se um termo, que era o documento ou instrumento do contrato.

O legislador não alterou a natureza, nem os effeitos do contrato. Apenas supprimiu uma *formalidade preliminar*, um *acto judicial*, sem a menor modificação no *direito civil*.

#### IV

Sou obrigado a invadir seára alheia.

Não posso acceitar, perdôe-me o Sr. Dr. João Mendes Júnior, a classificação de *actos ordinatorios* e *actos decisórios*—tal como foi feita pelo meu illustrado collega.

"São actos ordinatorios, é esta a sua classificação, - a *citação*, o *libello*, ou *proposição da acção*, O *offerecimento de excepções*, a *contestação*, a *réplica*, a *tréplica*, a *reconvenção*, a *autoria*, a *assistência* e a *oposição*, e bem assim a *assignação* e *lançamento da dilação probatória*, as *assignações* e *lançamentos dos termos de vista* e outros. São actos decisórios as *confissões*, os *depoimentos das testemunhas*, a *producção de instrumentos*, as *vistorias* e *arbitramentos*, assim como a *sentença*, a *consolidação*, a *arrematação*, a *adjudicação* e quaesquer outros actos que ponham termo ao feito."



Ora, Dalloz, Mattirólo e outros, fazem uma distincção quanto aos actos decisórios, a qual não se póde recusar.

Dalloz, já por mim citado em artigo anterior, diz: "Em uma acção judicial cumpre bem distinguir o que só pertence á forma, á instrucção, ou ao processo, e que os jurisconsultos denominam *ordinatorium litis*, do que interessa ao fundo da causa, daquillo cuja omissão ou ausência torna a acção de nenhum effeito, e que os jurisconsultos chamam *decisorium litis*. As formalidades da primeira ordem são reguladas pela lei existente ao tempo em que a acção foi intentada; as da segunda ordem não dependem senão da lei sob cujo império se deu o facto de que deriva a acção. Tomemos, por exemplo, a prova testemunhal: a forma segundo a qual deve proceder-se á audição das testemunhas é *ordinaria litis*, e consequentemente subordinada á lei vigente ao tempo da inquirição. Mas, a questão da admissibilidade dessa prova só deve ser resolvida pela lei sob cujo império se adquiriu a acção". (*Rép. verb. Lois*, n. 335).

Mattirólo por sua vez: "O direito probatório civil, na parte relativa á essência da prova, á sua admissibilidade em juízo, aos seus effeitos, ás pessãoas que devem ministrá-la, é regido principalmente pelo código civil: pelo contrario, na parte que diz respeito ao modo como as provas são exhibidas nos juízos civis, está sujeito ao código de processo civil" (*Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*, vol. 1º, n. 114, 3º edição).

Um exemplo esclarecerá a distincção que quero fazer: as Ordenações, liv. 1º, tit. 86, pr., liv. 3º tit. 1º, § 16 e tit. 62, § 1º, exigiam a citação pessoal da parte para vêr jurar as testemunhas em certas *hypotheses*; o reg. n. 737, art. 129, exige unicamente a citação do procurador. Ahi temos uma alteração que concerne a *actos ordinatorios*, e não a *actos decisórios*.

Por conseguinte, nos actos classificados pelo meu illustrado collega como exclusivamente decisórios, é necessário discriminar o que é *ordinatorio* do que é *decisório*.

Dirá talvez o Sr. Dr. João Mendes Júnior que a discriminação já está feita por elle próprio, desde que incluiu a citação em geral entre os *actos ordinatorios*. A isso replicarei que os *actos decisórios* estão sujeitos a DIVERSAS FÓRMAS, que são matéria processual. Nada mais faço do que reproduzir a distincção de Dalloz: a forma segundo a qual deve proceder-se á audição das testemunhas é *ordinatoria litis*, por exemplo.

Eu nunca fiz a classificação dos actos processuaes em *actos propriamente processuaes* e *impropriamente processuaes*, que, provavelmente para gracejar me attribúe o Sr. Dr. João Mendes Júnior. Laurent na passagem por mim citada diz: "á primeira vista poder-se-ia suppor que as provas constituem uma dependência do processo." Paraphraseando esse trecho de Laurent, escrevi incidentemente que os *actos ordinatorios* são os propriamente processuaes. Isso não foi uma classificação; foi a reprodução por outras palavras do pensamento de Laurent.

Vejamos agora porque o Sr. Dr. João Mendes Júnior não admitte que os Estados legislem sobre os *actos ordinatorios*.

Ainda não descobri nos brilhantes artigos da meu illustre collega *um só argumento de autoridade*, ou de principio, que apoie a sua these.

Ao passo que tenho em meu favor as lições de Dalloz, Laurent, Boullenois, Asser et Rivier, Gabba e os escriptores citados por estes, o Sr. Dr. João Mendes Júnior não exhibiu um só jurisconsulto que lhe suffrague a doutrina que sustenta.

Terá offerecido argumentos de *princípio*, deducções rigorosas de princípios jurídicos incontestados? Também não. O meu illustre collega enumera os *actos ordinatorios*, e accrescenta *dogmaticamente* que taes actos não podem ser alterados, sem que seja prejudicada a segurança dos direitos definidos pela lei substantiva. Não, porque? Em que consiste a connexão substancial entre o direito substantivo e o direito adjectivo? Não lhe apresentei diversos exemplos tirados do direito pátrio, em que se alterou o processo sem prejuízo do direito material? Entre outros não lhe recordei a substituição do processo civil da Ord., liv. 3º, tit. 20, pelo processo commercial do reg. n. 737? Houve algum jurisconsulto brasileiro (não exceptuo o próprio Sr. Dr. João Mendes Júnior) que censurasse o legislador pátrio por ter feito essa alteração em nossas leis processuaes, por ter adoptado as normas do processo em favor das quaes Paula Baptista mais de uma vez fez "*um voto estéril*"?

Estou inclinado a crêr que entre nós ha apenas um equivoco, que estamos separados por falta de uma declaração. Quando propugno a minha these, não quero dar aos Estados a faculdade de legislar sobre o processo contra os princípios da sciencia do direito. Posto que o processo tenha *um character antes technico do que scientifico*, na phrase já citada de Gabba, exprima *productos intellectuaes, combinações ou disposições de meios adoptados pelo legislador para a consecução do fim pratico de assegurar a observância do direito*, não neguei jamais, antes expressamente reconheci nos artigos anteriores, certos princípios, certas verdades fundamentaes, que são o ponto de partida, o critério e o limite, da actividade do legislador ao elaborar as normas processuaes. Esses princípios — não póde transgredil-os o Estado, assim como não poderia violal-os o Congresso Nacional, se a este fosse dada a competencia que lhe outorga o Sr. Dr. João Mendes Júnior.

Abra-se um tratado, ou compendio, de processo de um escriptor estrangeiro qualquer, e ler-se-ão distincções como esta: "*Processo summario*" :—

Este processo, que tem por fim evitar ás questões mais simples, menos importantes, ou mais urgentes, as despesas e a duração do processo ordinário, não é sob todos os aspectos um processo excepcional" (Garsonnet, *Précis de Procédure Civile*, n. 318). Ou como esta: "O conceito distinctivo do processo ordinário e summario *está em a natureza das questões* que se agitam em juizo". (Gargiulo, obra citada, n. 535).

Em seu ultimo artigo o Sr. Dr. João Mendes Júnior, em vez de me dar os processos especiaes, aliás em numero limitado, que são da competência do Congresso Nacional, conforme lhe pedi, furtando-se a esse trabalho de tanta utilidade, fez uma longa relação de actos preparatórios, preventivos e incidentes, que íeputa inalteráveis, e perguntou-me depois se é possível modificar esses processos sem prejuízo da garantia dos direitos materiaes.

Foi pena; pois, repito, não conheço em nosso paiz ninguém mais preparado para essa tarefa que o Sr. Dr. João Mendes Júnior.

Quanto á pergunta que me faz, respondo sem receio de errar: muitos desses processos ou actos processuaes não só podem ser modificados, como já o têm sido, sem o menor inconveniente. Basta destacar um dos processos *enumerados* — o incidente da habilitação. O reg. n. 737 simplificou, sem o menor inconveniente, o processo da habilitação.

Somente a superstição da forma pôde fazer com que rcpillamos essa e outras modificações, tão úteis, tão razoáveis.

Se os Estados legislarem sobre o processo criteriosamente, de conformidade com os princípios cardinaes do direito, estou certo de que o Sr. Dr. João Mendes Júnior nenhuma censura lhes fará. E, se fizer, não é Virgílio que o meu illustre collega deve citar; é Victor Hugo: *"Sombre fidélité pour les choses tombées, sois ma forte, et ma joie, et mon pilier d'airain."*

## **DIREITO CIVIL**

### **DA COMPRA E VENDA DE COISAS IMMOVEIS «AD CORPUS» E «AD MENSURAM»**

#### **I**

I. A jurisprudência pátria mais de uma vez tem repudiado a doutrina verdadeira sobre os direitos e obrigações do vendedor e do comprador de immoveis, na hypothese de verificar-se deficiência, ou excesso, na quantidade estipulada.

A falta de uma regra sobre a espécie em nossa legislação e a necessidade de recorrer ao direito romano explicam a perpetração repetida desse erro.

II. Em verdade, a Ord., liv. 4.º, tit. 8.º, que já tem sido invocada para regular a matéria, não tem applicação á hypothese. Na mencionada Ord., bem como nos titulos correspondentes do Digesto e do Código, que se seguem á epigraphe— *"de periculo et commodo rei venditae"*, estatuiram-se preceitos attinentes aos riscos que corre a coisa vendida antes de entregue ao comprador, e não á deficiência de

quantidade, já existente antes do contrato de compra e venda, mas verificada depois (<sup>1</sup>).

III. A Ord., liv. 4.º, tit. 17, só nos ministra regras sobre a compra e venda de coisas moveis, ou immoveis, em que se verifica um vicio ou defeito occulto, ou a não existencia das QUALIDADES declaradas no contrato (Macedo Soares, *Medição e Demarcação das Terras*, 3.º edição, pag. 409 e seguintes). Ahi não cogitou o legislador da falta de QUANTIDADE.

IV. A espécie é, pois, regulada pelo direito romano (Ord., liv. 3º, tit. 64, pr., lei de 18 de agosto de 1769, C. Telles, *Digesto Portuguez*, vol. 3.º, ns. 287 e 288, e notas respectivas).

V. Faz-se a venda *ad mensuram*, quando se determina o preço de cada unidade, ou medida, por exemplo, de cada alqueire; e *ad corpus* quando se estipula um preço único para a totalidade da coisa vendida (*quando enim adjicitur pretium unicum pro tota specie*). A venda *ad corpus* também se denomina *per aversionem* (Sylva, *Ad Ordinationes*, liv.4, tit. 8º, §6º, n. 9).

VI. Se o immovel é vendido *ad mensuram*, não ha controvérsia sobre os direitos e obrigações do vendedor e do comprador, no caso de verificar-se falta, ou excesso, na quantidade estipulada. Em tal hypothese, o vendedor responde pela deficiência, e o comprador é obrigado a pagar o excesso (fr. 40, § 2º, *de contrahenda emptione*, fr. 3º, § 3º, *si mensor falsum modum dixerit*, Van Wetter, *Cours Elémentaire de Droit Romain*, tomo 2.º, § 389, pag. 121; Accarias, *Précis de Droit Romain*, tomo 2.º, pag. 456da 3º edição, nota 1ª, Sylva *Ad Ordinationes*, loco

---

<sup>1</sup> Nesta censura incorre o acordam proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo na appellação civil n. 1.157 (Gazeta Jurídica, vol. 15, pag. 42).

*citato*, C. Telles, loco citato, Cod. Civ. Francez, arts. 1.617 e 1.618, Cod. Italiano, arts. 1.473 e 1474).

O comprador póde então pedir que o vendedor lhe entregue as unidades que faltam, ou o preço correspondente, já estipulado no contrato; e o vendedor que lhe sejam restituídas as medidas dadas em excesso, ou um suplemento de preço.

VII. Se o immovel é comprado para um certo fim, e em consequência da falta verificada em sua continência não póde ser applicado ao destino que pretendia dar-lhe o comprador, tem este o direito de rescindir o contrato (Maynz, *Cours de Droit Romain*, tomo 2.º, §211, nota 7.<sup>a</sup>, Laurent, *Principes de Droit Civil Français*, vol. 24, pag. 187).

VIII. Quando variam as medidas em um paiz, como acontece entre nós, que temos nas differentes zonas de um mesmo Estado alqueires de maior ou menor capacidade, presume-se que é adoptada a medida do logar em que está situado o immovel (Pothier, *Oeuvres*, vol. 3.º, n. 257).

IX. As incertezas da jurisprudência pátria, quanto aos direitos e obrigações que decorrem da venda *ad corpus*, reflectem a divergência dos nossos jurisconsultos sobre a matéria.

Assim é que é Sylva, *Ad Ord.* (logar já mencionado), Corrêa Telles no *Digesto Portuguez* (n. 288 do 3.º volume) e Teixeira de Freitas (nota 690 á *Doutrina das Acções* de C. Telles) ensinam que, dada a venda *ad corpus*, nenhum direito tem o comprador de pedir as medidas que faltam, ou o preço correspondente. Mas Sylva (ns. 13 e 14 do § 6º citada *Ord.*) limita-se a resumir as duas opiniões contrarias, citando os autores que as suffragam. C. Telles basêa a sua opinião em dois textos do direito romano, um dos quaes,—o fr. 13, § 14, *de actionibus empti et venditi*,

não é tão positivamente applicavel á espécie como os numerosos textos que fundamentam a doutrina opposta, e o segundo,—o fr. 45, *de evictionibus*, diz coisa muito diversa do que suppoz C. Telles.

Veja-se a interpretação que dá Pothier a esse fragmento, estortegado pelo autor do *Digesto Portuguez (Oeuvres*, vol. 30, n. 254). T. de Freitas reproduz descuidadosamente o equivoco de C. Telles.

X. A obrigação imposta ao vendedor de entregar a quantidade estipulada, ou restituir o preço correspondente, na venda *ad corpus*, está consagrada por vários textos, de uma clareza admirável.

O fr. 2.º, *de actionibus empti et venditi*, prescreve: *Si emptione modus dictus est, et non praesta-tur ex empto est actio*.

Egualmente o fr. 4º, § 1º, do mesmo titulo: *Si modus agri minor inveniatur, pro numero jugeram auctor obligatus est; quia ubi modus minor invenitur, non potest estimari bonitas loci*.

Ainda o fr. 6.º, do mesmo titulo: *Tenetur ex empto venditor, etiam si agnoverit* (<sup>1</sup>) *minorem fundi modum esse*.

O mesmo preceito se contém no fr. 69, § 6.º, de evictionibus: *In fundo vendito cum modus pronuntiatus deest, sumitur portio ex pretio*.

Os expositores do direito romano, entre os quaes Maynz (vol. 2.0, § 211), Van Wetter (tomo 2.º § 389), Accarias (tomo 2.0, 3a edição, n. 605), estão accordes em que na venda *ad corpus* o vendedor responde pelo quantum estipulado.

XI. Mas, se na venda *ad corpus* o vendedor é obrigado a entregar a quantidade declarada no confrato, ou o preço correspondente, nenhuma obrigação, pelo contrario, impunha o direito romano ao

---

<sup>1</sup> Maynz quer que se leia *ignoraverit*, e parece que assim deve ser.



comprador de pagar um suplemento de preço quando ha excesso na quantidade entregue (Dig., fr. 38, pr., *de actionibus empti et venditi*, Van Wetter, logar citado, Accarias, logar citado, Pothier, Oeuvres, vol. 3.º, n. 254).

Essa obrigação incumbia ao comprador somente na venda *ad mensuram* (fr. 40, § 2.º, *de contrahenda emptione*).

Van Wetter (*ibidem*) e Pothier (n. 254) explicam-nos a diversidade de posições jurídicas entre o vendedor e o comprador na venda *ad corpus*, observando que o comprador adquire todo o immoveel por um preço convencionado, e a indicação da quantidade só tem por fim forçar o vendedor a entregar no minimo as unidades estipuladas. O immoveel é vendido em sua integridade; não foi intenção das partes contratantes exceptuar coisa alguma. A declaração da quantidade é uma garantia para o comprador, e não para o vendedor.

XII. Em direito romano, pois, as regras que solvem a questão que estudamos, são corollarios lógicos e jurídicos do contrato de compra e venda. Quem vende um immoveel é obrigado a entregal-o tal como foi declarado no contrato. A falta de quantidade equivale á retenção de uma parte da coisa vendida, (<sup>1</sup>)

XIII. Em resumo, ou temos uma venda *ad mensuram*, e nesse caso o vendedor responde pela deficiência e o comprador pelo excesso, cumprindo relembrar a faculdade que tem o comprador de escolher entre a indemnisação e a rescisão do contrato nas condições já ditas; ou temos uma venda *ad corpus*, e então é licito ao comprador pedir a quantidade que falta, não podendo, porém, o vendedor pedir o excesso verificado.

---

<sup>1</sup> Vide os magistraes pareceres dos Conselheiros Lafayette, Visconde de Ouro Freto e Mafra, na 3a edição da obra já citada de\* Macedo Soares (pag. 409).

Eis o que estatue o direito romano, que nesta matéria é o nosso direito, porquanto as normas expostas não se prendem a nenhuma subtileza, preconceito, ou razão peculiar ao povo romano, mas são corollarios muito lógicos, deducções rigorosamente jurídicas, dos princípios a que está subordinado o contrato de compra e venda.

Um principio superior domina o assumpto, consagrado pela sabedoria de todos os legisladores, e de que se acham impregnadas as disposições dos melhores codigos, attinentes ao contrato de compra e venda: sempre que ha uma clausula duvidosa, um ponto obscuro, sobre o objecto do contrato, deve este ser interpretado a favor do comprador, e contra o vendedor, que é quem está em condições de melhor conhecer a coisa vendida.

XIV. Segundo o Cod. Civ. Francez, quando a venda se faz *ad mensuram*, o vendedor é obrigado a entregar a quantidade declarada, e, se não é isso possível, ou o comprador não o exige, a soffrer uma diminuição no preço. Quando ha excesso na quantidade, o comprador tem o direito de escolher entre o pagamento do preço correspondente ao excesso e a rescisão do contrato. A razão, e ponderosa, que nos dá Grenier, orador do Tribunato, é que, quando ha excesso, obrigar o comprador a pagar o supple-mento do preço é constrangel-o a comprar o que elle talvez não queira, ou a pagar o que elle talvez não possa (Laurent, vol. 24, pag. 187). Mas, para que o comprador tenha esse direito, é necessário que o excesso seja igual á vigessima parte da quantidade declarada no contrato.

Se é inferior, mantem-e a venda, devendo o comprador pagar um suplemento de preço (Laurent, vol. 24, n. 192, Aubry & Rau, *Droit Civ. Français*, vol. 4.0, § 354).

Dada a venda *ad corpus*, o comprador tem o direito a uma diminuição de preço, e o vendedor a um augmento, quando a diferença

entre a quantidade estipulada e a quantidade verificada é de, pelo menos, a vigessima parte da quantidade declarada (arts. 1.616 a 1.620, Aubry & Rau, vol. 4.º, § 354). Na venda *per aversionem* é lícito estipular que, qualquer que seja a diferença verificada, as partes contratantes não responderão por essa diferença (art. 1.619).

O Cod. Civ. Italiano (arts. 1.473 a 1.475) re produz com redacção ainda mais clara as disposições do Código Francez.

O Cod. Civ. Alemão, a mais elevada e ultima consubstanciação da lei com a sciencia jurídica deste século, contém uma só regra, simples e clara, sobre a matéria: "Se o vendedor de um immovel garantir (<sup>1</sup>) ao comprador uma quantidade determinada, responderá pela quantidade como se fora uma qualidade promettida".

O comprador também pode pedir a rescisão do contrato, quando a falta verificada é tão importante, que a execução do contrato deixa de convir-lhe (art. 468, trad. de Meulenaere).

Nenhum desses códigos, pois, contem preceitos que se approximem da doutrina absurda dos que entendem que na venda *ad corpus*, qualquer que seja a falta, não é permittido ao comprador pedir a quantidade que falta, ou a indemnisação equivalente.

Apenas o Cod. Francez e o Italiano estatuem um limite, ou requisito, para o exercício desse direito: é necessário que a diferença seja da vigésima parte, pelo menos, da quantidade estipulada.

Disposição semelhante se nos depara no Cod. Argentino (art. 1.346) e em outros.

---

<sup>1</sup> Cuumpre notar que em direito romano não se empregou o termo *garantia*, mas, *dizer, declarar, pronunciar. Si in, emptione modus dictus est, et non prastatur exeempto est actio* (fr. 2º, de *actionibus empti et venditi*). *In fundo vendito, cum modus pronuntiatu deest, sumitvr portio ex pretio* (fr. 69 § 6º, de *eviclionibut*).

O Cod. Civil Portuguez permite a rescisão do contrato, sempre que se dá falta considerável, podendo o comprador escolher entre a rescisão e a re-ducção proporcional do preço.

Não occultaremos que o Cod. Civil Hespanhol (art. 1.471) consagra a doutrina immoral, e sem fundamento, que irreflectidamente ensinou Corrêa Telles.

XV. Não raras vezes, declarando-se a medida de um immovel, accrescentam-se as expressões — *pouco mais ou menos, approximadamente*, e outras semelhantes.

Nesse caso o vendedor só responde pela deficiência, quando a falta é consideravel (Pothier,n. 253).

Mas, que se deve entender por falta considerável? Parece que o critério deve ser pedido aos códigos já citados da França e da Itália, e aos das nações que os copiaram com insignificantes alterações, Chile, Republica Argentina, etc, isto é, o limite é a vigessima parte da quantidade estipulada.

Cumpre attender igualmente á intenção das partes contratantes (Aubry & Rau, *loc citato*).

XVI Quando no contrato de compra e venda se declaram os limites do immovel, e não a quantidade deste, é evidente que o vendedor só é obrigado a entregar a coisa vendida com os limites fixados. <sup>(1)</sup>

---

<sup>1</sup> Em algumas escripturas fixam-se os limites e além disso estipula-se a quantidade. Nesta hypothese deve ser entregue a quantidade declarada. O próprio Código Hespanhol, que contém disposição opposta á que está em vigor em nosso direito, prescreve que nesse caso o vendedor é obrigado a entregar toda a quantidade estipulada. Entendeu o legislador hespanhol que a determinação da quantidade, além da fixação dos limites, revela a vontade dos contratantes de estipularem uma quantidade PRECIZA (art. 1.471, ultima ALINEA) .

XVII. A acção que decorre do contrato de compra e venda em que se verifica deficiência na quantidade estipulada, é a acção *ex empto*, fr. 20, *de actionibus empti et venditi*, fr. 6.º, do mesmo título.

Por mais inverosímil que, diante dos que têm uma noção ainda mesmo superficial do direito romano, pareça a confusão desta acção com a  *quanti minoris*  e a  *redhibitoria* , não tem faltado quem reproduza o erro imperdoável de C. Telles (arts 289 e 290).

E' a mais deplorável das confusões, como justamente disse o conselheiro Lafayette (Macedo Soares, obra citada).

A acção  *redhibitoria*  e a  *quanti minoris*  têm cabimento, quando se verifica um vicio ou defeito occulto na coisa comprada. Intenta-se a primeira para rejeitar a coisa ou desfazer a venda; e a  *quanti minoris* , ou  *stimatoria* , para o fim de obter uma diminuição de preço, ocrrespondente ao vicio ou defeito verificado (fr. 21,  *de edilitio edicto* , fr. 31, § 16, do mesmo título, Serafini,  *Instituzioni di Dirttto Romano* , § 136, Maynz, obra citada, vol. 2º, § 213). Essas acções foram expressamente admittidas em direito pátrio pela Or. liv. 4.º, tit. 17.

XVIII. O contrato de compra e venda contém duas obrigações: 1ª para o vendedor a de entregar a coisa vendida; 2ª para o comprador a de pagar o preço convencionado. Cada uma das partes tem uma acção especial para fazer valer o seu direito: o comprador tem a acção  *ex empto*  ou  *empti* , e o vendedor a acção  *ex vendito*  ou  *venditi*  (Maynz, vol. 2.º, § 208). Não raro os jurisconsultos romanos empregavam as duas denominações indifferentemente. (Maynz,  *ibidem* ).

XIX. A distincção assignalada entre a acção  *ex empto*  e as acções edilicias acima mencionadas é de importância capital, porquanto varia profundamente o prazo das prescripções respectivas.

A acção redhibitoria prescreve em seis meses (fr. 55, *de edilitio edicto*, Maynz, *ibidem*, Serafini, *loco citato*). A *quanti minoris* no prazo de um anno (fr. 48, § 2.º, do mesmo titulo).

Esses prazos foram adoptados pelo legislador patrio na citada Ord. (pr. e § 2.0) e tanto em direito romano, como em direito patrio, correm do dia da entrega da coisa vendida (fr. 19, § 6o, titulo citado, Ord., liv. 4.0, titulo 17, pr.). E' licito alterar esse modo de contar o prazo por estipulação expressa (fr. ultimamente citado, Maynz, § 213, nota 27).

A opinião de Sylva, *Ad Ordinationes*, o qual entendia que se começa a contar o prazo da prescrição do dia em que o comprador tem conhecimento do vicio ou defeito occulto, é repellida pelo texto expresso das leis romanas e pátrias mencionadas. *Ex die venditionis currit*.

A acção *ex empto* prescreve no fim de 30 annos, pois, não havendo em nosso direito uma disposição especial a respeito della, está subordinada á regra geral da Ord., liv. 4º, tit. 79 (Macedo Soares, *logar citado*).

Em dois artigos successivamente publicados por esta revista, o Sr. Dr. Campos Toledo, illustrado advogado, contestou a doutrina que sobre a compra e venda de coisas immoveis *ad corpus* havíamos expellido no primeiro fascículo do volume 16.

Como parece que o segundo desses artigos é o ultimo, pedimos venia ao distincto collega para dizer que seus argumentos fortaleceram ainda mais nossa convicção.

Sobre dois pontos versa a contestação do Sr. Dr. Campos Toledo, que:

1º) nega que na venda de imóveis *ad corpus* o vendedor seja obrigado a entregar a quantidade *declarada* no contrato.

2º) afirma que a falta de quantidade equivale à falta de qualidade, e, conseqüentemente, verificada aquela falta, o vendedor que garantiu o quantum está sujeito à acção *quanti-minoris*, e não á *empto*.

Os argumentos em que basêa a primeira these são os seguintes:

1º) o fr. 45, *de evictionibus*, e o fr. 13, § 14, *de actionibus empti et venditi*, oppõem-se á interpretação que demos aos quatro textos de direito romano, em que apoiámos a opinião por nós abraçada;

2º) os verbos *dicere* e *pronuntiare* nos textos alludidos não têm a significação que lhes demos;

3º) Voet, Donellus e Lauterbach, ensinaram a doutrina que o nosso adversário defende;

4º) os codigos modernos perfilharam essa doutrina;

5º) não é razoavel que na venda *ad corpus* o vendedor seja obrigado a entregar toda a quantidade estipulada, e o comprador por seu turno não seja obrigado a restituir o excesso do *quantum* declarado;

6º) por expressa disposição do direito pátrio exige-se que na venda de imóveis sejam declaradas as confrontações, o que, obrigando o vendedor a entrçgar o imóvel com os limites fixados, exclue *ipso facto* a obrigação de entregar a quantidade determinada.

Os argumentos a que arrima a segunda these são os seguintes:

- 1.º) a falta de quantidade equivale á falta, de qualidade;
- 2.º) textos do direito romano interpretados por Van-Wetter;
- 3.º) a doutrina consagrada pelos códigos modernos.

---

Sobre os frs. 2º, 4º, § 1º e 6º, *de actionibus empti et venditi*, e sobre o fr. 69, § 6º *de evictionibus*, firma-se a doutrina, ensinada por inúmeros juristas, de que o vendedor de um imóvel *ad corpus*, quando DECLARA, DIZ, que o imóvel tem uma medida determinada, é obrigado a entregar essa quantidade.

Esses textos, que já reproduzimos, são bastante claros; mas, objecta-se, o fr. 45, *de evictionibus*, e o fr. 13, § 14, *de actionibus empti et venditi*, não permitem que elles sejam interpretados como foram.

Eis o fr. 45, *de evictionibus*: "*Qui fundum tradiderat jugerum centum, filius multo amplius emptori demonstraverat : si quid ex his finibus evinceretur, pro bonitate ejus emptori praestandum erit: haberet*". Vende-se uma herdade com a declaração de que tem cem geiras, dando-se-lhe, porém, limites muito mais amplos: evicta mais tarde uma parte do prédio contida dentro dos limites indicados, mas, além, fora das cem geiras, que foram respeitadas, entendeu o jurista Alfeno que o vendedor era obrigado a entregar todo o imóvel contido nos limites assignalados, ou o preço equivalente á parte evicta, posto que o comprador tivesse ficado com as cem geiras intactas. E' isso o que diz o texto latino.

Que significa esse texto? Clara e incontestavelmente que na venda *ad corpus* o comprador não é obrigado a pagar um supplemento de preço, quando ha excesso na quantidade declarada, e além disso que, quando se dá a evicção de uma parte do imóvel, o vendedor é obrigado



a prestar a evicção, posto que o comprador nada tenha perdido da quantidade affirmada por contrato.

A razão dessa regra,—diz Pothier, reproduzindo o que ensinam os commentadores e expositores do direito romano,—é que o immovel é vendido em sua integridade; as partes não manifestam a intenção de exceptuar coisa alguma; a clausula pela qual o vendedor promette entregar uma certa medida é incluída no contrato unicamente em favor do comprador; este não assume obrigação alguma por essa clausula, e consequentemente não pôde ser compellido a pagar um supplemento de preço, ou a entregar o excesso verificado. Nada mais rasoavel, mais jurídico, mais sensato.

Entretanto, diz o nosso adversário, é extranhavel que Pothier, espirito tão justo, tenha interpretado assim o texto transcripto.

Não; não é só Pothier quem dá ao texto esse sentido: é Covarruvias, é Brunemann, é Despeisses, é Maynard, é o parlamento de Tolosa em fevereiro de 1570, é o parlamento de Dijon em 28 de junho de 1603 (Troplong, "De la Vente", tomo 1º, n. 338, pag. 441, nota 2a), é todo o mundo que traduz o laim, dando a cada palavra o sentido que ella tem.

Tanto é verdade que a interpretação do fragmento é essa, e não pôde deixar de ser essa, que, quando o Cod. Civil Francez equiparou a posição do vendedor á do comprador, os commentadores desse código reputaram a regra uma incontestável; innovação. Troplong, o profundo Troplong, cuja immensa autoridade a ninguém é licito contestar, escreveu: *"Un système plus équiíable a été adopte par ie Code. La position du vendeur a été égalée celle de l'acheter."* (obra citada, 11. 339, pag. 442). As palavras reproduzidas foram escriptas por Troplong em seguida á exposição da doutrina do direito romano, e depois de um trecho

em que se diz que de facto alguns juristas (\*) entenderam que na venda *ad corpus* a falta ou excesso na quantidade não era motivo para diminuir ou aumentar o preço, mas que *"d'autres foutaient au contraire (et c' était le plus grand nombre) que lorsque le vendeur aliénait un corps certain avec indication de mesure, il était tenu de parfaire la contenance en cas de déficit"* (n. 338, pag. 441).

O primeiro, pois, dos dois fragmentos citados por nosso antagonista só prova o que já dissemos no anterior artigo: quando há excesso na venda *ad corpus*, o vendedor não tem o direito de pedir um suplemento de preço. Essa regra não é incompatível com a que confere ao comprador o direito de pedir a entrega de toda a quantidade ou uma diminuição do preço. Tal é a doutrina ensinada não só por Pothier e pelos juristas citados em Van Wetter e Accarias, citados no artigo anterior.

Mas, objecta-se, essa disparidade entre a posição do vendedor e a do comprador é injusta. Logo depois responderemos.

---

O segundo e último dos famigerados textos que reputam contrários à nossa doutrina, é o f. r. 13, § 14, de *actionibus empti et venditi*, que diz:

*"Si Titius fundum, in quo nonaginta jugera erant, vendiderit, et in lege emptionis dictum est,— in fundo centum esse jugera, et, antequam modus manifestetur, decem jugera alluvione adcreverint, placet mihi Neratii Scaevola existimantis, ut, si quidem sciens vendidit, ex empto actio competat adversus eum, quamvis decem jugera adcreverint: quia dolo fecit, nec dolo purgatur: si vero ignorans vendidit,*

---

\* Não juristas romanos mas, interpretes do direito romano.

*ex empto actionem non competere*". Tício vende uma herdade que tem noventa geiras, declarando que no contrato que o imóvel mede cem geiras; antes de verificar-se a medida, accrescem dez geiras por força da alluviação. Manifestando-se em relação à espécie, disse Ulpiano que concordava com o parecer de Nerácio, o qual entendia que, se o vendedor declarou dolosamente, de má fé, que o prédio tinha cem geiras quando sabia que apenas vendia noventa geiras, ficava o mesmo vendedor sujeito à acção *ex empto*; se, porém, vendeu as noventa geiras, acreditando ou suppondo que a herdade tinha cem, e nesta suposição estipulou, nenhuma obrigação lhe corria de entregar as dez geiras que faltavam, ou de pagar o preço equivalente.

Desse fragmento tiram alguns a seguinte conclusão: quando o vendedor faz a declaração da quantidade da coisa vendida dolosamente, responde pela falta verificada; quando enuncia essa quantidade de boa fé, não é obrigado pela falta que se apurar.

Tal conclusão seria aceitável, se no mesmo título do Digesto não estivesse o fr. 6o, que sem limitações de espécie alguma estatue peremptoriamente: "*Tenetur ex empto veriditor, etiam si agnoverit minorem furidi modum esse*." Alguns interpretes querem que em vez de *agnoverit* se leia *ignoraverit*. A substituição de um verbo por outro não altera o sentido do texto, que quer dizer: o vendedor fica sujeito à acção *ex empto*, AINDA MESMO na hypothese de saber que o imóvel tem menor extensão ou quantidade do que a declarada, ou (feita a substituição) AINDA MESMO na hypothese de ignorar que o imóvel tem menor quantidade do que a declarada. Adopte-se qualquer das duas versões, o resultado será sempre o mesmo. O vendedor responde pela falta *ainda que* saiba, e por conseguinte também no caso de ignorar. O vendedor responde pela falta *ainda que* ignore, e por conseguinte também no caso de saber.

Como conciliar os dois textos do mesmo título, o fr. 6º e o fr. 13, § 14?

O fr. 6º contém uma regra; o fr. 13, § 14, contém uma exceção. O primeiro é uma *these*; o segundo é uma *hypothesis*, um caso especial. O primeiro consagra a norma, que regula em geral os casos, em que o vendedor vende mais do que tem e o comprador verifica uma falta de quantidade na coisa comprada. O segundo resolve, de *accôrdo* com o principio da equidade, o caso particular em que o vendedor vendeu mais do que tinha e, entretanto, o comprador não soffreu prejuízo algum, graças ao *facto* todo fortuito, imprevisto, accidental, da alluviação. Traduzir, pois, litteralmente, e com atenção, os dois fragmentos é conciliar-os sem demora.

Em direito romano o comprador, desde o dia em que é feito o contrato de compra e venda, faz seu todo o *commodum rei venditae*, inclusive a alluviação (Van Wetter, "Les Obligations em Droit Ro-main", tomo 2º, § 116, pag. 357). Isto posto, se se applicasse á especie, *ao caso particular*, exposto no fr. 13, § 14, a REGRA contida no fr. 6." (e nos outros já por nós citados), o vendedor responderia pela falta de dez geiras em qualquer das duas *hypotheses* figuradas,—quer tivesse feito a declaração da quantidade vendida dolosamente, quer de *bôa fé*, por ignorar de *facto* a quantidade do *immo*vel. Pouco importaria o *accrescimo* das dez geiras, que foram adquiridas pelo comprador, não em virtude do contrato de compra e venda, mas por *titulo* differente, isto é, por *accessão* natural, em virtude da alluviação. Neracio e Ulpiano, porém, entenderam que o caso especial do fr. 13, § 14, não devia ficar sujeito ao rigor do preceito geral, e, abrandando a severidade da lógica, e adoçando a dureza da regra jurídica, resolveram a questão de *accordo* com o principio da equidade. Como neste caso especial, nesta *hypothesis*, o comprador recebeu as cem geiras que foram estipuladas e não teve o

menor prejuízo, não se obrigou o vendedor a pagar o preço das geiras que faltaram.

Eis como se conciliam natural e facilmente os dois textos, só na apparencia antinomicos. E quem os conciliou não fomos nós, foi o abalisado, o respeitadíssimo Troplong, que, não obstante seu profundo saber, não se aventurou a estudar por si só os dois textos em questão: modestamente elle confessa que nada mais fez do que reproduzir o elegante commentario do grande Cujacio. Vale a pena transcrever as palavras de Troplong: "*Quid* des alluvions survenues depuis la vente ? Puisque la vente est parfaite, il semble que l'alluvion doit profiter á l'acheteur, et qu'elle n'entre pas dans le mesurage. En principe rigoureux, on ne saurait le contester. Mais un sentiment d'equité avait fait penser aux jurisconsultes romains qu'il fallait tourner en quel-que sorte et adoucir la sévérité de la logique. L'alluvion est un bénéfice de la nature; c'est un don du fleuve. Or, si le vendeur est de bonne foi, s'il s'est trompé dans la contenance de son immeuble, ne vaut-il pas mieux que cet accroissement fortuit lui soit compté, á lui qui est menacé d'une diminution de prix, á lui qui certat de damno vitando, qu'á l'acheteur *qui certat de lucro captando*? N'est-il pas juste que ce bénéfice inespéré soit pour lui um moyen de conserver intact le prix stipulé? Ainse donc, dans le cas de bonne foi du vendeur, on dé-rogera au principe general, afin que le prix ne soit pas diminué: *ne quid ei ex pretio depereat*. Mais, s'il est de mauvaise foi, l'acheteur profitera de l'alluvion; car comme le dit Ulpian dans la loi dont j'expose la pensée, *dolo fecit nec dolus purgatur*. Le dol ne doi profiter á personne, et rien ne peut en relever" (obra citada, n. 333, pag. 435).

Em vez de acceitar a doutrina de Cujacio, de Covarruvias, de Brunemann, de Pothier e de todos os bons expositores do direito romano, tão de accordo com a traducção litteral dos textos, o nosso contendor, não descobrindo absolutamente meio algum de conciliar os dois fragmentos dentro da sua doutrina, sahiu-se da diffculdade, dizendo que Triboniano

(ah! hermenêutica jurídica, como foste desprezada, maltratada, espesinhada!), dizendo que Triboniano trancou, mutilou, um dos dois fragmentos!... E' o que está escripto á pagina 187 do fascículo da *Gazeta Jurídica* do mez de março do corrente anno, e escripto sem o apoio de uma só autoridade, de um só escavador do direito romano, que apadrinhe tão arrojada affirmação.

Mas, quando se tem a explicação tão racional dos grandes jurisconsultos citados, quando basta a traducção litteral dos textos latinos para se dissiparem todas as difficuldades, dever-se-á admittir uma doutrina que só póde equilibrar-se, manter-se de pé, especada na affirmação, feita em desespero de causa, de que o Digesto está incompleto, de que lo Digesto está mutilado, de que o Digesto (digamos o termo) está errado?

Será licito menoscar tanto o salutar preceito de hermenêutica jurídica que prohihe aos interpretes evasivas dessa ordem?

Em direito romano basta que o vendedor "declare, enuncie, diga", qual a quantidade que vende, para que fique obrigado pelas faltas que se verificarem na medida. "Infundo vendito cum modus pronuntiatus deest, sumitur portio ex pretio" (fr. 69, § 6º, "De evictionibus") : quando se averigua que a quantidade real de um immovel é menor do que a declarada, a enunciada (modus pronuntiatus), faz-se um abatimento no preço. O verbo "dicere" ainda é mais empregado pelos jurisconsultos romanos nos textos relativos a esta matéria do que o verbo "pronuntiare". Já o vimos no fr. 13, § 14, "De actionibus empti et venditi". Encontramol-o também no fr. 2,º, "do mesmo titulo": "Si in emptione modus dictus est, et non praestatur, ex-empto est actio": tem cabimento a acção, "ex-empto", quando falta uma parte da quantidade DITA.

Admitto, diz o nosso illustre adversário, que o rendedor responda pela falta de quantidade, mas somente no caso em que

GARANTE, em que se "obriga de modo directo e positivo", e não quando apenas "declara, enuncia, diz", a quantidade. E, estudando os textos latinos mencionados, observa que "pronuntiare" significa "assegurar, prometter", e portanto "pronuntiare modum", ou "dicere modum", equivale a "garantir a medida".

Em primeiro lugar, notemos o defeito lógico do raciocínio: porque "pronuntiare" significa "asse-gurar, prometter", vae-se affirmando logo que "dicere" tem a mesma significação, e que ambos equivalem a "garantir!"

Em segundo lugar, "pronuntiare" e "dicere" nunca foram equivalentes a "assegurar". Consultemos as mais abalisadas autoridades, e facilmente verificaremos o equivoco do nosso antagonista. "Pronuntiare" significa no "Gradus ad Parnassum" pro-noncer, réciter", é synonymo de "proferre, efferre, dicere"; no Diccionario de Bento Pereira —"pronunciar com voz clara, publicar, dizer, nomear expressamente, prometter claramente"; na obra do au-taorisado Forcellini — "dicere, proferre, enuntiare, nuntiare palam, recitare"; no clássico Calepino— "prononcer, palam promittere". "Dicere" ainda é expressão menos enérgica—"fallar, pronunciar, prometer, declarar, significar" (Bento Pereira), ou "dire, parlare" (segundo o Calepino). Nem sequer o *Magnum Lexicon*, posto que obra da decadência da latinidade em Portugal, dá a esses dois verbos o sentido "de garantir, obrigar-se".

Os interpretes do direito romano nunca traduziram "dicere" e "pronuntiare", dando-lhes a significação de "garantir, obrigar-se". "Si le contrat indique comme objet une quantité, mesure ou conte-nance déterminée, c'est le quantum promis qui doit être exactement livre" (Maynz, *Cours de Droit Romain*, tomo 2º, §211, pag. 269). "Dicere" e "pronuntiare" para Maynz equivalem a "indicar". Po-thier, reproduzindo a doutrina romana, usa dos seguintes termos: "Lorsque la chose vendue se

trouve d'une moindre contenance que celle exprimée par le contrat, le vendeur est obligé envers l'acheteur de lui faire raison de ce défaut de contenance" (*Ouvres*, vol. 3º, n. 250, pag. 104).

Pothier, pois, dá aos dois verbos latinos a significação de *exprimir*.

Também os códigos modernos, em geral, somente exigem que o vendedor *exprima, indique*, a quantidade, e, feita a venda com essas palavras, obrigam-no a entregar a quantidade indicada, excepto quando a diferença é apenas da vigésima parte segundo uns, ou da decima, segundo outros.

Tratando da venda *ad corpus*, o Cod. Civil Francez usa dos vocábulos *expression, mesure exprimée*; o Cod. Civil Italiano das palavras—*misura indicata*; o Cod. Civil Argentino, de *expresion de la medida*; os códigos de Genebra, Friburgo, Neu-chatel, Tessino, Vaud e Valais, na Suíça, de *expression de la mesure, mesure exprimée* (Rossel, *Manuel de Droit Civil de la Suisse Romande*, pag 421).

Na tradução franceza do Cod. Civil Allemão emprega-se o verbo *garantir*, o que fornece ao nosso contendor um argumento que julga precioso.

Em primeiro lugar, cumpre attender a que só conhecemos o código Allemão através da tradução de Meulenaere; não sabemos, pois, qual o termo de que se serviu o legislador allemão, nem com que fidelidade foi traduzido o texto.

Admitíamos, entretanto, para argumentar, que o vocábulo allemão tem exactamente a significação do verbo francez garantir. No melhor dos dictionarios completos da lingua franceza, o de Littré, garantir quer dizer—*affirmer, se rendre garant, répondre d'une chose*. O que



exige, por conseguinte, o Cod. Alemão é a *afirmação da quantidade*, a declaração de que o vendedor responde pela quantidade.

Posto que seja absurdo submeter a espécie ao direito alemão, quando temos regras positivas em direito romano, que nesta matéria (não o esqueçamos um só momento) é o nosso direito, e está perfeitamente concorde com a quasi unanimidade dos códigos modernos (<sup>1</sup>), não acreditamos que haja entre o direito pátrio e o germânico a diferença que o nosso adversário descobriu. Quando uma pessoa vende um imóvel, DIZENDO que elle tem, por exemplo, 120 alqueires de terra, e no final da escriptura publica obriga-se a fazer boa e valiosa a venda (como se faz geralmente) e o comprador acceita a escriptura nos termos declarados, não será tudo isso a mesma coisa que garantir a quantidade determinada, *affirmer, répondre de*, assumir a obrigação de entregar a continência estipulada?

Seremos uma nação de espirito tão frívolo, que nos actos jurídicos solennemente celebrados nenhuma importância se ligue ás palavras?

Na época da decadência do Império romano, em meio da infrene corrupção de costumes, quando o edificio social parecia que estalava por todos os ângulos, os velhos romanos, que ainda se lembravam saudosos de um passado de honra e de glórias, costumavam dizer—*nos equidem vera rerum vocabulai amisimus*: nós em verdade até esquecemos o sentido das palavras, não ligamos ás coisas os termos precisos.

Não é possível que tenhamos chegado a esse estado.

---

<sup>1</sup> Já vimos que esses códigos apenas exigem que o vendedor indique. exprima a quantidade.

Não são numerosos os cultores da jurisprudência que actualmente se dão á leitura das obras de Voet, Donellus e Lauterbach, de sorte que os nomes immortaes desses jurisconsultos, transmittidos por uma longa tradição, aureolados por um respeito universal no mundo jurídico, e como que relegados para uma região misteriosa e afastada, constituem não raro uma espécie de argumento *ad terrorem*.

Penetremos por alguns momentos no templo em que doutrinaram tão venerandos sacerdotes do direito, e oiçamos suas lições fecundas e proveitosas.

Voet trata da matéria no tomo 1.º, livro 18.º, titulo 1º, n. 7, do *Commentarius ad Pandectas*. Começa dizendo que, quando ha erro (e não dolo) na declaração da quantidade, a venda não se annulla, e que a questão de saber se se deve augmentar ou diminuir o preço só pôde resolver-se por meio de distincções. Assim que, se a venda é feita *ad quantitatem* (*ad mensuram*), cumpre augmentar ou diminuir o preço de conformidade com o excesso ou falta verificada. Do mesmo modo, sempre que se prova ter a coisa vendida a quantidade indicada, mas não a qualidade que lhe attribuiu o vendedor, abate-se o preço estipulado. Antigamente (no direito romano antigo) o vendedor que procedia de má fé, que mentia na expressão da medida, era obrigado a pagar o dobro da quantidade declarada, a ser verdade o que diz Paulo em suas "*receptae sententiae*", acrescenta Voet. Na venda *ad quantitatem* a falta na medida dá ao vendedor o direito de escolher entre a restituição de uma parte do preço e a entrega da quantidade que falta; o excesso dá ao comprador o direito de escolher entre o augmento do preço e a rescisão do contrato, *ne alioquin invitus emere compellatur*. Em seguida diz que (e é este o trecho que tem sido reproduzido isoladamente, separado das considerações immediatamente subsequentes, dando origem á errónea convicção de que Voet ensinou a doutrina dos nossos adversários), se pelo contrario a venda é feita *ad*

*corpus*, e não *ad quantitatem*, a verificação de falta ou excesso não autorisa a diminuição ou o aumento de preço, excepto quando ha dolo da parte do vendedor e este mente propositalmente ("nisi concurrat insuper dolus venditoris consulto mentientis").

Cumpre notar desde já que Voet apoia essa opinião nos dois textos que acabámos de analysar, e que segundo a opinião de Cujacio, de Covarruvias, de Brunemann, de Pothier, de Troplong e de todos os expositores clássicos do direito romano por nós citados, não significam absolutamente o que entendeu Voet. Em segundo logar importa muito saber que Voet accrescenta immediatamente depois desse trecho que a venda é feita "ad corpus" quando "não se faz menção alguma da quantidade", como, por exemplo, quando se vende a herdade Cornelianana, ou a herdade Cornelianana tal qual é, ou tal como tem sido possuída, ou cultivada. Transcrevamos as palavras de Voet: "Caeterum non ad quantitatem, sed magis ad corpus facta intelligitur venditio, si nulla prorsus sit facta quantitatis mentio, veluti, si quis simpliciter fundum Cornelianum vendat, vel fundum Cornelianum qualis est, vel talem qualem ipse hactenus possedit vel qualem colonus nunuc habet, tenet, colit".

Vê-se já por esse trecho que Voet tinha em mente a venda "ad corpus" em que o vendedor não declara a quantidade, pois que tanto é venda "ad corpus" a que se faz por esse modo,—sem declaração de quantidade, como a que se faz—declarando-se a quantidade e dando-se um preço único a toda a coisa vendida. O que caracteriza a venda "ad mensuram" é o facto de determinar-se o preço de cada unidade da medida total da coisa vendida, ou de dizer-se que se vendem tantas unidades tiradas do immovel, por exemplo—50 alqueires de um certo prédio rústico. Nesta ultima hypothese é incontroverso entre os nossos próprios adversários o direito que tem o comprador de tirar, destacar, do prédio, "exactamente" a quantidade comprada, sendo então muito fácil calcular o preço de cada unidade.

Também se realiza uma venda "ad corpus", continua o grande jurisconsulto hollandez, quando, "vberbi gratia", no contrato se enunciam cem geiras pouco mais ou menos, ou o vendedor declara que não se obriga, que não fica adstricto á medida estipulada, ou depois de dizer a quantidade fixa os limites do prédio: "dum quis, verbi gratia, vendit fundum centum jugerum aut quanto plus minusve continebit; seu, ut tamen isti nolit adstringi quantitati. Vel denique quantitatis quidem sit facta mentio, veluti, vendito fundo centum jugerum, sed simul ctiam monstrati fuerint fines fundi".

Aqui temos um outro trecho em que parece que Voet suffraga a opinião contraria; mas, não é assim, absolutamente não, porque Voet escreveu com a maior clareza que nessas ultimas hypotheses figuradas o preço é diminuido ou augmentado quando se verifica uma differença notável, posto que haja simples erro na medida e plena bôa fé: "si notabilis admodum sit diversitas quantitatis expressae, et re ipsa inventae, sic ut in finium monstratione videatur erratum, pretium adhuc pro rata augendum vel mi-nuendum foret, àut emptor traditione quantitatis expressae teneretur ex bono et aequo contentus esse".

Resta saber o que se deve entender por differença notável. Voet vae ensinar-nos.

Para alguns jurisconsultos, atenção! é Voet quem fala, a differença notável é a de UMA GEIRA! Segundo o costume de alguns logares, continua Voet, a differença permittida é a de cem ou de cinquenta varas: "centum vel quinquaginta decempedarum mensuram". E termina dando a noção de venda "ad mensuram" ou "ad quantitatem", que já reproduzimos neste e no anterior artigo (<sup>1</sup>).

---

<sup>1</sup> Esse trecho mostra bem que Voet não expõe a doutrina romana exclusivamente; a cada passo elle faz referencia aos costumes de diversos logares.

Vê-se, pois, que a doutrina de Voet é a que tem sido adoptada peja generalidade dos códigos modernos; permite-se a falta, mas dentro de certos limites fixados, uma falta pequena. Isso é comprehensível, e, se se tratasse de reformar o nosso direito civil, seria uma excellente idéa para ser discutida. Entre essa doutrina e a do nosso contendor, que tolera a falta sem limites, sem restricção de espécie alguma (e exactamente no direito romano, que manda entregar precisamente a quantidade estipulada) "que differença considerável !"

Se até na hypothese de indicar-se a quantidade com a clausula—"pouco mais ou menos" ou de dizer o vendedor que não fica "adstricto" á quantidade declarada, Voet não permite uma "differença considerável", e acerescenta logo que alguns jurisconsultos entendem que a differença tolerável é a de "uma geira", não se esquecendo de observar que os costumes de alguns logares admittem a differença de cem ou de cinquenta varas (decempedarum),, como se pôde affirmar que Voet apadrinha a doutrina contraria á que defendemos?

Quão longe está Voet de adoptar essa opinião!

Donellus... mas, para que reproduzir paginas de Donellus além do trecho a que alludiu o nosso contendor, e que vem transcripto no volume 17.º da Gazeta Jurídica do Rio de Janeiro, do anno de 1877?

Donellus está á frente da doutrina romana, de que são vexillarios elle e Cujacio, e Covarruvias, e Brunemann, e Pothier, e tantos e tantos outros. O nosso próprio adversário não o contesta.

Elle apoia-se em Donellus para justificar outra affirmação: a de que a acção competente para pedir a quantidade que falta ou o preço equivalente, é outra que não "a ex-empto".

Expondo a matéria, ensina Donellus: "Quartum caput praestationum hujus generis de re vendita est ut venditor proestet quod de ea re dixit, affirmavit." A quarta espécie de prestações a que é obrigado o vendedor compreende aquilo que ele "disse, afirmou", existir na coisa vendida. Dir-se-á: Donellus refere-se às qualidades da coisa, e não à quantidade. Donellus responde logo: "o vendedor obriga-se pela quantidade, "si de modo agri dictum" (Com. Jur. Civil., XIII, cap. 3.º, n. 18, 19 e 20).

Nada teríamos escripto em relação a Donellus, se o modo como o nosso contradictor envolveu na discussão o nome desse grande jurisconsulto não permittisse a suposição de que Donellus lhe é favorável.

Passemos ao "*Collegium Pandectarum*" de Lauterbach. E' no vol. 1º, liv. 18º, tit. 1º, ns. XXX e seguintes, que se nos deparam as regras sobre a matéria. Primeiramente Lauterbach distingue a venda das coisas "*tanquam corpora*" da venda das coisas "*tanquam species et per aversionem*". Essas duas modalidades da compra e venda são muito usadas. Quando, porém, se trata de saber se a venda é feita *ad corpus* ou *ad mensuram*, surge uma questão em que muito se deve deixar ao arbítrio do juiz: "in qua multum judieis arbítrio relinquendum".

Em seguida faz a celebre distincção entre vendas em que se começa pela designação da coisa com seus limites e depois se declara a medida apenas narrativa ou enunciativamente ("narrative seu enuntiative tantum,") e vendas em que se começa pela determinação da quantidade—distincção que Tropiong estigmatiza nos termos mais ásperos <sup>(1)</sup>.

---

<sup>1</sup> Eis as palavras de Troplong: <<La distracion entre les ventes qui commencent par la mesure, etcelles qui commencent par ia chose, est effacée. Le plus Houvent elle jouait sur les mota; elle était *une source de disputes puériles*. Toutes les fois qu'une vent n'est pas

Depois, alludindo aos dois famosos textos que já analysamos no começo deste artigo, e que já vimos como são interpretados por Cujacio, Covarruvias, Pothier e pelos outros jurisconsultos citados, diz que "na opinião commum dos doutores" o preço não deve ser augmentado quando ha excesso, nem diminuido quando ha falta.

Não exultem os sectários da doutrina adversa, não exultem, que não ha motivo para isso. Continuem a ler Lauterbach, leiam com attenção as notas em que vemos os nomes "dos doutores da opinião commum," leiam com especial attenção o final desse paragrapho, e hão de vêr que Lauterbach não os póde commandar. Os taes "doutores da opinião commum" são Mantica, Carpzovius e Frantzk.

Pois bem: no final do paragrapho, Lauterbach escreveu que essa opinião não é só commum, mas também adoptada na praxe, como attesta o citado Frantzk, o qual todavia, quanto ao segundo caso, a saber—quando ha falta, pensa que a opinião contraria é a verdadeira em direito commum, no que está de accordo com Mantica (que parecia contrario, a julgar-se pela citação de seu nome entre os doutores da opinião commum), com Burgund., com Job. Franc. Balthas., com Besold., com Tuld., que faz uma limitação á regra no caso de saber o comprador aual é a medida da coisa comprada, limitação que Lauterbach acha justa, mostrando por esse modo acceitar também a regra. E, terminando, accrescenta que nesses casos não se deve exigir a quantidade com demasiado rigor, sobretudo quando ha a clausula—"pouco mais ou menos".

Reproduzamos textualmente as palavras de Lauterbach:

---

faite à tant la mesure, elle est vente en bloc, et la formule dont les parties se sont servi ne peut rien chan er á eela>> (n. 339, pag. 442).

"Atque hanc sententiam non tantum communem, sed in praxe quoque receptam esse, testatur etiam Frantzk, qui tamen quoad posteriorem casum, si scilicet res minor reperiatur, de jure communi, contrariam sententiam veriore esse judicat, quod etiam defendit Mantica, Burgund., Job. Franc. Balthas., Besold. Vid Tuld., qui tamen hoc recte limitai, si emptor modum sciverit; simulque monet mensuram hic non rigide exigendam esse, praesertim si vox, circiter, sit addita".

E' evidente que Lauterbach primeiramente estuda as duas hypotheses—a de excesso e a de falta de quantidade—ao mesmo tempo, e diz que a opinião comum não admite augmento nem diminuição de preço; mas, logo depois observa que, quanto á segunda hypothese,—a de falta, os mesmos jurisconsultos que elle cita quando trata das duas hypotheses englobadamente, e muitos outros além desses, pensam que a "opinião verdadeira" (mais verdadeira—"veriore") é a dos que admittem o abatimento do preço. Finalisa esse pragrapho com a observação de que mesmo na venda com a clausula—"pouco mais ou menos" ("circiter") o jurisconsulto que elle cita, sem contestar, entende que não se deve exigir a medida com muito rigor ("rigide"), o que quer dizer claramente que também não se deve admittir grande differença.

Lauterbach, por conseguinte, não está com o nosso contradictor, que "sem a mais vaga limitação affirma que o vendedor não responde pela falta de quantidade".

Voet, Donellus e Lauterbach, nunca ensinaram a doutrina cuja paternidade se lhes quer dar á fina força.

Pobre Voet! Infeliz Donellus! Desditoso Laubach! Como têm sido atrozmente torturados!



Os códigos modernos não consagraram a doutrina adversa.

O Cod. Napoleão (art. 1619), o Cod. Italiana (art. 1475), o Cod. Argentino (art. 1346), bem como o direito civil de Genebra (Cod. Francez), de Neuchatel, Tessino e Valais, na Suissa (Rossel, "Manuel de Droit Civil de la Suisse Romande", pag. 421), permitem apenas a diferença da vigésima parte entre a quantidade "indicada" e a quantidade real. As leis de Friburgo e Vaud na Suissa ("ibidem") toleram a diferença da decima parte.

O Cod. Civil Portuguez exige que a falta não seja considerável (art. 1576). A apreciação do que seja falta considerável foi deixada ao arbítrio do juiz (Dias Ferreira, "Cod. Civil Port. Annotado", vol. 4.º, pag. 16), que não deve afastar-se do que dispõem os códigos modernos, e do que ensinam os jurisconsultos mais autorizados, os quaes, como já vimos em Voet e Lauterbach, limitam muito a diferença tolerada.

Não sabemos por que artes de berliques e berloques o nosso contradictor se apoderou do Código Allemão,—a mais elevada e ultima consubstanciação da lei com a sciencia jurídica deste século (phrase nossa, tão repizada por elle) e desse codigo, que positivamente lhe é contrario, fez um argumento contra a doutrina que defendemos.

O Cod. Allemão no artigo 468 obriga o vendedor a indemnisar a falta de quantidade como se houvesse falta de qualidade. Ora, no art. 459 esse código apenas tolera uma pequena falta (*peu importante*) das qualidades da coisa vendida.

Consequentemente, a quasi unanimidade dos códigos repelle o absurdo de que na venda *ad corpus* o vendedor não fica abrigado a entregar a quantidade declarada. O que esses códigos admitem é uma diferença muito restricta,—limitação que bem poderíamos acceitar, se tratássemos de reformar o nosso direito civil.

Infelizmente para os nossos adversários, o direito que vigora no Brasil é o direito brasileiro, que nesta matéria (ninguém ainda ousou contestar-o) é o direito romano, tão rigoroso (na frase já transcrita de Troplong), que Ncracio e Ulpiano julgaram necessário derogar-o, de acordo com o princípio da equidade, na hypothese de completar-se a quantidade enunciada em virtude do facto casual da alluviação; direito tão expresso e positivo, que além dos numerosos fragmentos por nós citados ainda estatúe no fr. 33, *de actionibus empti et venditi*: "*Et si uno pretio plures res emptoe sint, de sinpulis ex-empto et vendita agi potest*". Se POR UM SÓ PREÇO forem compradas muitas coisas, o comprador tem a acção *ex-empto* para pedir cada uma delias, e o vendedor a acção *ex-vendito* para pedir o preço de cada uma dellas.

Os nossos adversários têm um só código em favor de sua doutrina, que é o hespanhol. Se quizerem mais um, não lhes recusaremos talvez o do Chile.

Contentem-se com esses dois, que difficilmente obterão mais.

---

Na venda ad corpus em direito romano o vendedor responde pela falta, mas o comprador não responde pelo excesso, na quantidade da coisa vendida.

Essa disparidade entre as disposições jurídicas das duas partes contratantes, allegam os nossos adversários, é injusta, é iníqua.

A isso responderemos que:

Primeiro: Pothier e os expositores do direito romano (VIDE artigo anterior) explicam satisfactó-riamente essa diversidade de situações. O immovel é vendido em sua integridade. Nem o vendedor nem o comprador tem a intenção de excluir uma parte do immovel vendido. A

clausula pela qual o vendedor affirma uma certa quantidade é exarada em favor do comprador e não do vendedor. E' só o vendedor quem por ella se obriga, é só elle quem pro-mette. O comprador não assume obrigação alguma por essa declaração.

A isso cumpre accrescentar que o vendedor é quem está em condições de melhor conhecer a coisa vendida.

Além disso, essa clausula é de tal natureza, que só o vendedor pôde aproveitar-se della para illaquear a bôa fé do comprador. Raríssimas vezes, ou quasi nunca, este ultimo poderá utilisal-a em seu proveito dolosamente.

Segundo: demonstrada a justiça ou conveniência de equiparar sob este aspecto o vendedor ao comprador, ainda resta saber como se deve fazer a equiparação. O vendedor não deve responder pela falta, nem o comprador pelo excesso? Ou um e outro devem responder respectivamente pela falta e pelo excesso? De qualquer dos dois modos ha equiparação, tendo sido o ultimo o mais adoptado.

Terceiro: não é tão fácil, como pareceu ao nosso contradictor, demonstrar a justiça ou conveniência dessa equiparação. Se o Cod. Civil Francez, o Italiano, e os outros que os imitaram, equaláram as posições das duas partes contratantes neste assumpto, o Cod. Civil Allemão, a mais elevada e ultima consubstanciação da lei com a sciencia jurídica deste século, repelliu essa doutrina. E' corrente em direito que o comprador não paga coisa alguma ao vendedor, quando se verifica que as "qualidades" da coisa comprada são superiores ás enunciadas.

Quarto: pense cada qual como quizer sobre a justiça ou conveniência da mencionada equiparação, o que é certo, o que é indubitável, é que só o legislador pôde decretal-a. Ninguém mais. A França, a Itália, a Republica Argentina, e as demais nações que as

imitaram, quando quizeram egualar o comprador ao vendedor neste effeito do contrato de compra e venda, promulgaram uma disposição expressa e terminante sobre a matéria, — disposição que innovou o direito antigo, como reconheceram em França os mais autorizados commentadores do Código Napoleão, e ha pouco o vimos proclamado pelo profundo Troplong.

Entre nós a questão está subordinada ao direito romano, que bem ou mal é a nossa lei sobre a espécie: todos o reconhecem, inclusive o nosso contradictor, que se tem esforçado exactamente por penetrar o sentido dos textos romanos applicaveis á questão.

Nem sequer é licito objectar que as disposições do direito romano são inapplicaveis, porque se prendem a subtilezas, preconceitos ou rozões peculiares ao povo romano. O ultimo código civil do século que morre, o Cod. Allemão, não equiparou o comprador ao vendedor.

---

O artigo 245 do regulamento de 2 de maio de 1890, que obriga o vendedor a declarar as confrontações do immovel, é o derradeiro argumento do nosso antagonista.

Não está no poder humano, argumenta-se, augmentar a extensão de um corpo certo. Se ao vendedor incumbisse a obrigação que se lhe pretende impor, tal obrigação seria nulla por impossível. Indicados os limites, posto que se tenha enunciado a medida do immovel, o vendedor só é obrigado a entregar o prédio com os limites determinados, com as confrontações que deu; não pôde augmental-o.

Observemos desde já que o regulamento de 1890 não fez innovação alguma em direito pátrio: elle apenas reproduz. O que já dispunha o art. 269, § 5.º, do regulamento de 26 de abril de 1865.

Sendo assim, cumpre estudar se a regra invocada derogou o direito romano na parte applicavel á questão.

E' principio corrente que uma lei nova só de-roga ou abroga tacitamente uma lei antiga, quando ha incompatibilidade entre as duas disposições. Alludimos á derogação tacita, porque indiscutivelmente não houve derogação expressa, nem o nosso contradictor affirma isso.

Haverá incompatibilidade entre as duas regras? Por outras palavras: a declaração das confrontações tira todo o effeito jurídico á enunciação da quantidade?

Affirmal-o, como fez o nosso adversário, é um absurdo tão grande, que o Cod. Civil Francez estatuiu em "um só artigo" (note-se "em um mesmo artigo," que é o artigo 1619) que a venda *ad corpus* pôde começar pela designação de "um corpo certo e LIMITADO," exprimindo-se depois a quantidade, ou medida, ou pela medida, determinando-se logo depois a coisa vendida.

Muitos annos depois, o Cod. Civil Italiano (art. 1475) repetiu a mesma idéa em termos de notável clareza: "In tutti gli altri casi in cui la vendita riguarda un corpo determinato e LIMITATO, o fondi distinti e separati, ovvero comincia dalla misura o dall'indicazione dei corpo venduto susseguita dalla misura, l'espressione della misura no dá luogo ad alcun supplemento di prezzo in favore dei venditore per l'eccedenza della medesima, né ad alcuna diminuzione di prezzo in favore dei compratore, se essa sia minore, salvo quando la differenza della misura reale in confronto di quella indicata nel contralto ecceda la vigésima parte in piú o in meno del valore intero della cosa venduta, purché non vi sia stipulazione in contrario."

E nunca houve commentador, expositor, ou critico de qualquer espécie, ao que nos consta, que se lembrasse de descobrir

incompatibilidade entre as duas idéas—a enunciação dos limites e a indicação da medida.

No proprio direito romano já se costumava fazer as duas declarações ao mesmo tempo: "Qui fundura tradiderat jugerum centum, fines multo amplius emptori demonstraverat" (frag. já transcripto). Entretanto, os romanos exigiam a entrega da quantidade na venda "ad corpus".

A que vem, pois, essa descabida observação sobre o art. 245 do regulamento de 2 de maio de 1890?

Não somos nós os únicos que interpretamos assim o direito pátrio. Temos do nosso lado jurisconsultos brasileiros dos mais illustres.

Lafayette escreveu em 1883: "A falta de medida, quantidade ou conteúdo determinado no contrato, equivale á retenção de uma parte da coisa vendida. Ora, o vendedor é obrigado a entregar a coisa "na sua integridade". Se falta uma parte, o comprador tem acção para forçar o vendedor a entregar essa parte, e se a entrega não é possível, a prestar a indemnização devida (diferença do preço)" (Macedo Soares, "Medição das Terras", pag. 410 da 3ª edição).

Silva Mafra: "Na obrigação da entrega do immovel por parte do vendedor se inclue a de entregar "toda a quantidade ou extensão indicada no contrato", e bem assim a de soffrer a diminuição do preço relativa á falta" (obra citada, pag. 411).

O Visconde de Ouro Preto: "a obrigação essencial do vendedor é entregar o que vendeu,"em sua integralidade," com todas as dependências e accessorios" por ser "essa a consequência juridica de todo e qualquer contrato de compra e venda" ("ibidem, pags. 413 e 414).

Baptista Pereira: o vendedor "está obrigado a inteirar com terras contíguas a quantidade que vendeu nos termos do contrato, ou a restituir o preço" ("loco citato").

Já em 1877, conforme nos ensinou o nosso próprio contendor, Silva Costa havia escripto: o comprador tem "a acção ex-empto para haver o "complemento" das terras que lhe foram vendidas."

De pleno accordo Saldanha Marinho.

Souza Ribeiro: "Do contrato de compra e venda resultam para o vendedor duas obrigações principaes: a da entrega e a da garantia. Da primeira obrigação tira o comprador o direito de exigir "a entrega da coisa nos precisos termos do contrato.". De pleno accordo Ribas e Andrade Figueira.

E' o que se vê á pagina 553 e seguintes da "Gazeta Juridica" do Rio de Janeiro, vol. 17.

Do nosso lado, pois, estão A. J. Ribas, Saldanha Marinho, Lafayette, Souza Ribeiro, Silva Costa, Ouro Preto, Silva Mafra, Baptista Pereira, Andrade Figueira; do lado opposto está o sr. dr. Campos Toledo .... solitário e triste.

---

A defesa de uma doutrina errónea obriga a quem a emprehende pelo menos a contradicções e amphibologias. Foi o que succedeu ao nosso illustre contraedictor. Exemplo: á pag. 191 do vol. 16, desta revista, em que se lê: "Os direitos que competem ao comprador no exercício da acção "ex-empto" para a entrega da coisa em sua integridade são de natureza diversa e mais extensos do que os que lhe competem pela falta de continência do immovel vendido".

Se o comprador tem o direito de pedir pela acção "ex-empto" a entrega da coisa "em sua integridade", porque não ha de intentar a mesma acção para pedir a "quantidade que falta?" Pois, a "falta de quantidade" não será a mesma coisa que a "falta de integridade"?

E logo em seguida: "Em principio, na acção "ex-empto" para a entrega da coisa, o vendedor é obrigado precisamente a entregar a coisa vendida". Três linhas adiante: "Mas, algumas vezes seria difficil, senão impossível, ao comprador exigir do vendedor precisamente a entrega da coisa vendida: a lei dá-lhe por isso subsidiariamente o direito de reclamar do vendedor todos os prejuízos que veiu a soffrer pela falta de entrega total ou parcial. A indemnisação de taes prejuízos não encontra limite no preço da venda ... Não é tão extenso o direito do comprador na venda do immovel "ad corpus", quando o vendedor garante uma quantidade, que realmente elle não tem. O seu direito encontra limites no preço convencionado — "cum modus pronuntiatus deest sumitur, portio ex pretio".

Desde que na venda "ad corpus", como reconhece o nosso contradictor, o comprador do immovel tem o direito de ser indemnizado da falta de quantidade, - direito que "encontra limites no preço convencionado", não será um absurdo affirmar em seguida que o vendedor não responde pela falta de quantidade?

Um argumento singular é o que foi extrahido dos códigos modernos: porque quasi todos esses códigos toleram a differença da vigessima parte, conclue-se logo que, "qualquer que seja a differença", o comprador nada póde reclamar!!!

Em seu segundo artigo o nosso contradictor esforça-se por demonstrar que, no caso de ter o vendedor "garantido positivamente" uma quantidade determinada, a acção que tem o comprador para pedir a



quantidade que falta, ou o preço equivalente, é a "quanti minoris" e não a "ex-empto".

A questão de saber qual é a acção competente para o caso é de importância capital, porquanto a "quanti-minoris" prescreve em um anno, ao passo que a "ex-empto" dura trinta annos.

Sem reserva estaríamos de pleno accordo com o nosso contradictor, se se tratasse do direito constituendo. Mas, como o que temos em mente é averiguar o que está estatuído no direito pátrio sobre esta matéria, absolutamente impossível é acceitarmos a doutrina adversa.

Ha conveniência, não o occultaremos, em diminuir o prazo da prescrição, em' vedar que durante tão longo espaço de tempo o comprador possa Usar da acção que lhe faculta a lei para pedir a quantidade que falta. Mas, não se cogita actualmente dessa conveniência; o que se quer é saber o que a lei ordena a respeito.

Os argumentos contrários não nos convenceram.

Nunca, em tempo algum, em nenhum paiz, se confundiu "quantidade" com "qualidade". Na linguagem dos homens esses dois vocábulos sempre foram empregados com significações diferentes. "Au sens logique, la quantité est l'extension. Le mot "qualité" signifie détermination ou modification: tout ce qui determine ou modifie l'être ou la substance est une qualité, par exemple les habitudes, les facultes, la figure, etc." (Bertrand, *Lexique de Philosophie*).

Em uma controvérsia sobre direito positivo não é mister recorrer a outros argumentos que não os textos legais. Vejamos, pois, o que se tem estatuído nas melhores legislações, e assim teremos refutado de uma feita os argumentos em que se apoia a opinião contrária.

Em direito romano é bem notável a diferença entre vício ou defeito oculto, ou falta de qualidade enunciada, e falta de quantidade, ou medida, na coisa comprada. Para cada *hypothese* creou-se uma acção especial.

"Tenetur ex-empto venditor, etiam si agnoverit minorem fundi modum esse." O vendedor está sujeito á acção "ex-empto", ainda mesmo que conhecesse (ou que ignorasse) que a extensão do predio é menor do que a declarada. "Si emptione modus dictus est, et non praestatur, ex-empto est actio". Se no contrato de compra e venda a medida foi enunciada, mas não entregue na totalidade enunciada, póde intentar-se a acção "ex-empto". "Et si uno pretio plures res emptoe sint, de singulis ex-empto" et vendito agi potest". Se por um só preço forem vendidas diversas coisas, póde propôr-se a acção *exemplo* para haver cada uma das que faltam, ou a acção *ex-vendito* para haver o preço de cada uma das coisas vendidas. Não é possível maior clareza. Nos textos reproduzidos, e que já antes havíamos citado, a falta de "quantidade" é motivo para intentar a acção "ex-empto".

Com igual clareza está prescripto que por defeito ou falta de "qualidade" da coisa vendida se tem o direito de intentar a "quanti minoris". "Si quis egerit quanti minoris propter servi fugam, deinde agat propter morbum: quanti fieri condemnatio debeat? Et quidem sepius agi posse quanto minoris, dubium non est." (fr. 31, § 16, de aedilitio edicto). O comprador de um escravo propõe a acção "quanti minoris" para haver do vendedor uma diminuição do preço, por ter verificado que o escravo é fujão. Mais tarde intenta nova acção "quanti minoris" por ter descoberto uma moléstia no escravo. Pergunta-se: — a quanto deve ser condenado o réu ?Que se póde intentar mais de uma vez a "quanti minoris" em relação a uma mesma coisa vendida, diz Ulpiano, não é matéria duvidosa. E em seguida resolve a questão de accordo com Juliano.

No fr. 18 do mesmo titulo novo exemplo muito claro: se o vendedor de um escravo affirmar que elle dorme pouco, ou que corre muito, é um bom andarilho, ou lhe der outras quaesquer qualidades boas, verificando-se depois o contrario (em vez de "vigilax" é "somniculosus", em vez de "currax" é "piger" e "tardus"), o comprador póde escolher entre a acção redhibitoria e a estimatoria ou " quanti minoris", das quaes ambas dispõe.

No fr. 61 do mesmo titulo estatuiu-se que, se alguém comprar um prédio sem saber que pesa sobre o mesmo uma servidão, deve diminuir-se tanto o preço quanto teria dado de menos o comprador se soubesse que havia a servidão.

Como este, muitos outros exemplos se nos deparam no Digesto, especialmente no titulo — "de aedilitio edicto". Fora inútil reproduzil-os todos.

Não nos foi possível, por maior que fosse o nosso cuidado em procural-o, descobrir na obra de Van Vetter o paragrapho em que se affirma que para o caso em questão a acção competente é a " quanti minoris", e não a "ex-empto". O que podemos garantir é que no paragrapho citado pelo nosso contradictor em seu segundo artigo, e que é o 218, nada se diz a tal respeito, mesmo porque esse paragrapho contém o "histórico da superfície", matéria, como se vê, muito distincta.

Voet, tão apreciado, e com razão pelo nosso contradictor, no livro XIX, tit. 1.º, ns. 7 e 8, ensina claramente o contrario, e, apoiado em textos expressos de direito romano, mostra-nos que a acção "ex-empto", ou "empti", é a competente na hypothese de não ser entregue uma coisa "movei ou immovel" em sua integridade, com todos os accessos rios vendidos.

Nem procede o argumento tirado do texto da nossa Ord., liv. 40. tit. 17, em que, preceituando sobre as acções "quanti minoris" e redhibitoria, o legislador empregou as palavras "vícios ou faltas".

"Falta" em portuguez é expressão synonyma de "defeito" (Dicionários de Constâncio e Domingos Vieira) ou de "imperfeição" (Aulete e Adolpho Coelho).

Os códigos modernos absolutamente não confundem falta de quantidade com falta de qualidade. O Cod. Francez trata da falta de quantidade nos art. 1.616 a 1623, e da falta de qualidade nos artigos 1.641 a 1.649. Ora, os primeiros artigos estão incluídos na secção 2., ao passo que os segundos estão sob rubrica diversa no paragrapho 2.0 da secção 3.<sup>a</sup>, cap. 3.<sup>o</sup> tit. 6.<sup>o</sup> do livro 3.<sup>o</sup>.

O Cod. Italiano faz a mesma distincção entre a falta de quantidade, com que se occupa em uma secção — sob a rubrica — "della tradizione della cosa" e a falta de qualidade, de que trata em secção diversa e sob a epigraphe — "della garanria dei vizi o diffeti occulti dello cosa venduta".

O próprio Cod. Allemão, não obstante a declaração de que á falta de quantidade se applica o mesmo remédio juridico que á falta de qualidade, não confundiu uma coisa com outra. Nos artigos 459 a 461 estatúe regras sobre a falta de qualidade, e no 468 sobre a falta de quantidade.

Dir-se-á: não é muito longo o praso de 30 annos, em que prescreve a "ex-empto" ?

Fosse a questão de direito constituendo, e não hesitaríamos em subscrever a opinião do nosso contradictor. Não se trata, porém, de reformar o direito pátrio, mas unicamente de interpretal-o.

Emquanto não se fizer a almejada reforma, não ha remédio senão obedecermos ao disposto na Ord. liv. 4º, tit. 79, que estatuiu a prescrição de 30 annos como regra geral a que está sujeita a "*ex-empto*".

Assim têm entendido todos os jurisconsultos pátrios cujos pareceres já citamos, e estão no vol. 17 da "Gazeta Jurídica" do Rio de Janeiro, ena obra de Macedo Soares, pareceres que foram dados em épocas muito diversas, e nos quaes a questão principal era exactamente a de saber que acção deve ser intentada na espécie que temos discutido.

---

Mais uma vez, o illustrado Sr. Dr. Toledo fez-nos a honra de refutar a opinião que temos expendido nesta Revista, com respeito ás obrigações do vendedor de um immovel *ad corpus*.

O escripto a que alludimos, publicado pela *Gazeta Jurídica*, no vol. 17, pag. 242, parece ser uma impugnação de embargos, offerecida em causa que patrocina o nosso illustre contradictor; mas, não obstante lhe haver dado esse character de peça de autos, o nosso antagonista claramente revela em todo o seu trabalho o intuito primordial de combater a doutrina que temos propugnado.

Cremos que o Sr. Dr. Toledo assim procedeu, para, mais á vontade e desassombradamente, emittir conceitos que em artigo de doutrina commodamente não externaria.

Quanto á obrigação do vendedor, na venda *ad corpus*, de entregar a quantidade declarada, oppõe os seguintes argumentos:

1." Voet e Lauterbach não ensinam o que, falsamento ou por falta de comprehensão, attribuímos a esses escriptores;

2", o Cod. Hespanhol, o Portuguez e o Aliem»; estão com elle e contra nós.

3°, o direito romano consagrou doutrina contraria á que temos sustentado.

Quanto á acção competente, no caso de falta de uma parte da quantidade declarada, de novo affirma que é a *quanti minoris*, porque:

1°, a expressão \_ acção ex-empto — designa um género, e comprehende todas as espécies de acções do comprador contra o vendedor, entre as quaes está incluída a *quanti minoris*, ou, mais propriamente, a *ex-empto quanti minoris*;

2°, á *phalange* de jurisconsultos pátrios (o termo phalange é o empregado pelo próprio Sr. Dr. Toledo) que são nossos mestres nesta matéria, contrapõe UM jurisconsulto pátrio, que suppõe estar apoiado em Donellus;

3°, a opinião de Van-Wetter nos é contraria;

4°, não está no poder humano augmentar a extensão de um immovel cujos limites foram enunciados no contrato de venda;

5°, o direito romano nunca deu ao comprador acção para haver do vendedor a quantidade que falta;

6", actualmente não podemos distinguir entre acções de direito civil e acções edilicias.

Eis aqui tudo o que escreveu Voet no *Commentarius ad Pandectas* sobre a compra e venda de um immovel *ad corpus*:

*"Quod si ex adverso non ad quantitatem, sed ad corpus, res fuerit divendita, invntus major minorve rei modus nequa quam minuet augebitve pretium, nisi concurrat insuper dolus venditoris consulto mentientis (l. Julianus, 13, § si Titius fundum, 14 ff. de act. empti, arg. l. qui fundum tradiderat, 45, ff. de eviction.) Caeterum non ad quantitatem, sed magis ad corpus jacta intelligitur venditio, si nulla prorsus sit facta quantitatis mentia, veluti, si quis simpliciter fundum Carnelianum vendai, vel fundum Carnelianum qualis est, vel talem qual em ipse hactenus possedit, vel qualem colanus nunc habet, tenet, colit. Vel si quantitatis quidem sit facta declaratio, sed adjecta pratestatione, dum quis, verbi gratia, vendit fundum centum jugerum aut quanta plus minusve continebit; seu, ut tamen isti nolit adstringi quantitati. Vel denique quantitatis quidem sit facta mentia, veluti, vendita funda centum jugerum, sed simul etiam monstrati fuerint fines fundi (ara. d. l. 45. ff., de eviction UT tamen in casibus duabus posterioribus, si notabilis admodum sit diversitas quantitatis expressae, et re ipsa inventa, sic ut in finium monstratione videatur erratum, pretium adhuc pro rata augendum vel minucndum foret, aeut emptor traditiarte quantitatis expressae teneretur ex bono et aequo contentus esse. Goenewegenen, ad d. l. 45 de eviction. et ad hunc forte casum reducenda ac re-stringenda qux occurrunt apud Hug. Grotium et Neostadium Curiae Holl. decis. circa fin. majoris scilicet minorisve modi inventi, quam dictus erat, rationem habendam, si jugeri unius quantitatem excedat: quodque scriptum est apud Jac. Caren observat. 19, lit. g. et Sim. van Leenven cens. for. part. I, liber 4, cap. 19, n. 19, ex locorum quorundam consuetudine suppleri minuive oportere pretium, si minor majorve quantitas iuventa superet centum, vel quinquaginta decempedarum mensuram (liv. 18, tit. 1º, n. 7).*

São esses os únicos conceitos emitidos por Voet no *Commentarius ad Pandectas*, a propósito das obrigações do vendedor na venda de um imóvel *ad corpus*.

No primeiro período transcripto diz o jurisconsulto hollandez que, quando se faz a venda *ad corpus*, e não *ad quantitatem*, a verificação de uma medida maior ou menor que a enunciada de nenhum modo aumenta ou diminui o preço estipulado, excepto se o vendedor *dolosamente* dá ao imóvel uma extensão que elle não tem.

Em seguida, acrescenta que se reputa a venda feita, não *ad quantitatem*, mas *ad corpus*, quando nenhuma declaração absolutamente se inclúe no contrato com respeito á quantidade, como, por exemplo, no caso de dizer alguém simplesmente que vende a herdade Corneliana, ou a herdade Corneliana qual é, ou tal qual o vendedor a possuiu até então, ou qual o colono actualmente a tem e cultiva.

No terceiro período dos que acabamos de reproduzir no original, continua ensinando que ainda se realiza uma venda *ad corpus*, quando se exprime a quantidade do imóvel e addiciona-se o protesto de que se aliena essa quantidade pouco mais ou menos, ou o de que o vendedor não quer *ficar adstricto á quantidade declarada*.

No quarto período figura igualmente como um caso de venda *ad corpus* o em que, enunciada a medida, também se mostram os limites da herdade.

Depois, observa logo que, em relação aos dois casos últimos (*in casibus duobus posterioribus*), se fôr notável a differença entre a quantidade expressa (*quantitatis expressa*) e a verificada na coisa vendida, de tal modo que pareça ter havido erro na exhibição dos limites, deve o preço ser proporcionalmente augmentado ou diminuído, ou o vendedor entregar a medida *expressa* (sempre Voet se refere á medida



expressa, e nunca á medida *garantida*), afim de que o comprador fique satisfeito.

A essa hypothese, prosegue Voet, devem talvez ser reduzidas e restringidas as observações de Hugo Grocio e de Neostadio, os quaes ensinam que cumpre attender á differença entre a quantidade *dita* (*modus dictus*) e a quantidade real, quando essa differença excede uma geira. E termina: segundo o costume de alguns logares o preço é augmentado ou diminuído, se a differença passa de cem ou de cincoenta varas (*decempeda: perche de dix pieds*, segundo Quicherat et Daveluy).

Consequentemente, depois de estabelecer uma regra, Voet figura três hypotheses:

1<sup>a</sup> hypothese: vende-se um immovel sem declaração de medida;

2<sup>a</sup> hypothese: indica-se a medida pouco mais ou menos, ou protesta-se não ficar adstricto á quantidade enunciada;

3<sup>a</sup> hypothese: dá-se a medida, e mostram-se os limites.

A primeira e a segunda hupotheses, diz o nosso illustre contendor, não offerecem difficuldade, porquanto o vendedor em taes casos *não responde pela quantidade expressa*, segundo Voet, só havendo difficuldade quanto ao terceiro caso. Não, absolutamente não. Voet não diz isso. Voet é claríssimo, e affirma que *nos dois ultimos casos (in casibus duobus posterioribus)* a differença considerável entre a quantidade real e a enunciada importa o augmento ou a diminuição do preço, determinando em seguida o que é differença considerável, de conformidade com a opinião de alguns autores e o costume de certos logares.

Ora, as duas ultimas hypotheses, como facilmente se verifica pela leitura do trecho reproduzido em latim, são: 1<sup>a</sup> a hypothese de se vender uma quantidade pouco mais ou menos, ou de não ficar o vendedor adstricto á quantidade declarada; 2<sup>a</sup> a de se enunciar a quantidade, mostrando-se ao mesmo tempo os limites.

Attenda o leitor á pagina de Voet transcripta, e verá que não ha duvida possível sobre a traducção que offerecemos.

Tanto isso é verdade, que o nosso illustre contradictor, para alcançar a sua victoria fácil e de momento, teve de lançar mão deste estratagema: escamoteou o trecho em que Voet disse — *in casibus duobus posterioribus*, nos dois últimos casos.

Não será o caso de perguntar com Beaumarchais: *Qui veut-on tromper ici?*

Eis ao que ficou reduzido o ephemero triumpho do nosso antagonista.

Se da primeira vez, nos dois primeiros artigos, a hermenêutica jurídica soffreu os mais rudes golpes, desta vez, no derradeiro artigo, além da misera hermenêutica, foi o dever de fidelidade na exposição dos argumentos que saiu de refrega medonhamente escalavrado, completamente esbarrondado.

Se o nosso illustrado contradictor tivesse reproduzido com exactidão as palavras de Voet, se não tivesse supprimido um trecho do jurisconsulto hollandez, cuja significação é decisiva e apaga quaesquer duvidas sobre o sentido da doutrina exposta, nem elle nem qualquer dos leitores da *Gazeta Jurídica* poderiam traduzir a pagina transcripta como elle traduziu.

Voet admite que, mesmo na hypothese de se vender um imóvel, determinando-se-lhe a medida *pouco mais ou menos*, ou dizendo o vendedor que *não quer ficar adstricto á quantidade enunciada*, bem como na hypothese de se exprimir a quantidade, mostrando-se ao mesmo tempo os limites, a diferença considerável entre a quantidade *dita, expressa* (Voet nunca emprega outros termos) e a quantidade verificada, obriga a aumentar, ou a diminuir, o preço.

Quando o Sr. Dr. Toledo afirma que no segundo caso figurado por Voet,—na hypothese de se adicionar á declaração da quantidade a clausula— *pouco mais ou menos*, ou de dizer o vendedor que não fica adstricto á quantidade (modalidades que Voet reúne em um só paragrapho), a diferença considerável entre a quantidade real e a declarada não aumenta nem diminui o preço, nem autoriza o comprador a pedir a entrega de toda a medida enunciada, o Sr. Dr. Toledo attribue a Voet uma opinião que o jurisconsulto repelle expresamente.

Provocamos formalmente o nosso contradictor a reproduzir sem mutilações, sem supressão das palavras que lhe não convêm, a pagina de Voet relativa ao assumpto que estudamos, e a traduzir depois, do modo como o fez, o trecho em questão.

E o que é muito joocosó é que o Sr. Dr. Toledo, depois de amputar o seu Voet tão dessassombradamente, vem dizer todo ancho que nós estortegámos, ou não comprehendemos, o jurisconsulto hollandez!... Se já não estivesse tão gasto, era o caso de desencavar o velho *risum teneatis*.

Mas, para que fim, perguntar-se-á, o nosso illustre contendor alterou por essa forma as palavras de Voet?

Foi para chegar a esta conclusão: dos três casos figurados por Voet somente em um esse escriptor admite a faculdade de pedir

aumento ou diminuição do preço, e é quando se vende um imóvel com indicação da medida e ao mesmo tempo se mostram seus limites.

Ainda neste caso nem sempre o nosso illustre adversário admite que o comprador possa pedir a quantidade que falta, ou o preço equivalente, segundo a doutrina de Voet, e julga necessário fazer uma extraordinária e singular distinção entre erros *de simples apreciação* e erros *in corpore vel re ipsa*, que bem se poderiam denominar objectivos, como se o erro não fosse sempre um *juízo falso*, conforme definem os lógicos.

No terceiro caso dos figurados por Voet, eis em substancia o que diz o illustrado Sr. Dr. Toledo, os limites do imóvel podem ser enunciados com exactidão, de modo preciso, ou não. Se o vendedor dá ao imóvel os seus limites reais e precisos, não responde pela falta que porventura se verifique na quantidade declarada. Se exhibe limites inexactos, se essa não mostrar os limites, responde pela quantidade expressa no contrato, sempre que ha differença considerável entre os dizeres de contrato e a realidade no concernente á medida.

Essa distinção entre limites verdadeiros e limites errados, e os corollarios que delia deduz o nosso, illustrado contradictor, importam a mais completa subversão de tudo o que, no tocante á matéria, têm ensinado até ao presente alguns autorizados jurisconsultos, inclusive os que o Sr. Dr. Toledo invoca em seu auxilio.

A declaração da quantidade ou medida do im-movel, dizem esses escriptores, é incluída no contrato de compra e venda—ora como simples esclarecimento, para informação, como meio de dar uma idéa do todo que se vende (*narrative, seu enunciative*, como diz Lauterbach, *demonstrationis gratia*, como diz o Cardeal Mantica), ora em proveito e para garantia do comprador (*ad utilitatem emptoris*). Lauterbach no liv. 18, tit. 1º, §§ 30 e 31 do Collegium Pandectarum insiste sobre a dupla

significação, ou o duplo fim, com que se faz essa declaração, acrescentando que o sentido da clausula depende da vontade dos contratantes, em cuja interpretação o juiz tem um certo arbítrio.

Sendo assim, vejamos se ha algumas regras de interpretação que sirvam de guia ao juiz neste ponto.

Ha, e de grande utilidade, e o escriptor que mais desenvolvida e profundamente nol-as ensina, é o já citado Mantica no seu magistral tratado—*De Tacitis et Ambiguis Conventionibus*.

Uma das preciosas regras alludidas é a seguinte: quando todo o immovel está delimitado de modo exacto e preciso, quando os limites são completos e verdadeiros, entende-se que a coisa vendida está perfeitamente caracterizada e conhecida, e que, por conseguinte, a clausula relativa á quantidade ou medida não era necessária para esclarecimento do comprador, e não sendo necessária para esse fim, só podia ser exarada para garantia e utilidade do mesmo comprador. "*Cum fundus totus suis finibus fuerit circumstriptus, satis superque intelligitur demonstratus: quicquid enim rei satis demonstratoe adjicitur, supervacuum censetur, et ideo modus adjectus vice demonstrationis non fungitur, sed ad utilitatem emptoris exprimitur: quare et numerus debet suppleri, vel pretium ad rationem jugerum est diminuendum, ut ex praedictis apparet*" (liv. 4º, tit. 17, n. 26).

Eis o que é racional, judicioso, jurídico.

Entretanto, desprezando todos esses ensinamentos ministrados por tão abalisados mestres, o nosso illustrado adversário, para sahir do labyrintho em que se metteu, faz uma extranha distincção, toda sua e somente sua, entre erros de simples apreciação erros concretisados, residentes, immanentes, na própria coisa (*re ipsa*, palavras textuaes), e assim revoluciona completamente no domínio da lógica as

idéas até hoje recebidas e divulgadas sobre o *erro*, somente para o fim de contrariar o que disseram o profundo Cardeal Mantica e Lauterbach, o seu querido Lauterbach, na apparencia o melhor arrimo que se lhe tem deparado nesta controvérsia. Que ingratidão!

Não se póde traduzir o trecho de Voet, como quer o Sr. Dr. Toledo, dividindo os erros em duas especies. Os próprios escriptores em cujas lições elle podia aproveitar alguma coisa em favor de sua opinião, neste passo original e arriscado (a nova classificação dos erros, ignorada do próprio Bacon, um dos homens que mais dividiram e subdividiram os *erros*) o abandonam, repellem, condemnam completamente.

Accusa-nos o Sr. Dr. Toledo de havermos dito, ou dado a entender, que Troplong attribue a Voet uma doutrina que não é sua somente para ter a quem combater.

Nunca o affirmamos clara ou veladamente nem poderíamos fazel-o depois de termos lido Voet e Troplong.

A arguição do nosso antogonista é filha de uma confusão facilmente dissipavel. No *Commentarius ad Pandectas* Voet não se limita a expor o direito romano, ou antes a commental-o; a cada passo explana o direito moderno e trata de *questões forenses*. O titulo da obra é bem claro e significativo: "*Commentarius ad Pandectas, in quo praeter Romani Júris principia ac controversias illustriores, Jus auntem hodiernum, et praecipuae Fori Quaestiones excutiuntur.*"

Ora, Voet no trecho já transcripto começa desenvolvendo o direito romano, e depois cita as opiniões de autores modernos (para elle) e os costumes de certos logares.

Na primeira parte, ao commentar o direito romano, é que o jurisconsulto hollandez erroneamente entende que a falta de quantidade

não autorisa a diminuição do preço do imóvel vendido. Logo em seguida acrescenta que nas duas ultimas hypotheses figuradas (in casibus duobus posterioribus) a diferença considerável entre a medida real e a enunciada obriga o vendedor a diminuir o preço, segundo a opinião de H. Grocio, Neostadio, Jac. Coren e outros jurisconsultos (para elle modernos) e o costume de alguns logares.

Troplong diz apenas que Voet pensava de modo contrario ao seu em face das leis romanas (*d'apres les lo is romaines*).

Vê-se que o próprio Voet, depois de interpretar erroneamente o direito romano, termina o estudo da matéria, fazendo uma restrição do direito romano de accôrdo com a doutrina acceita no seu tempo. Como é fácil agora espancar a confusão que o nosso contendor produziu em torno deste ponto da controvérsia!

Nem extranhe o Sr. Dr. Toledo o termos in-crepado a Voet de um erro na interpretação do direito romano. Podemos fazel-o tranquillamente, porquanto estamos apoiado em Cujacio, Mantica, Brunemann, Cavarruvias, Pothier, Donellus, e em todos os bons expositores e commentadores do direito romano.

Nunca imitaremos a um illustrado advogado, a quem muito prezamos, o qual costuma dizer e repetir, por sua própria conta e sem o apoio de uma só autoridade, de uma só, que o Digesto está incompleto, que faltam taes e taes coisas no Digesto, que o Digesto está positivamente errado.

Bem explicado e bem comprehendido o trecho de Voet, desaparece, evola-se completamente a supposta contradicção que nos attribue o Sr. Dr. Toledo, consistente em termos dito que a doutrina exposta por Voet foi a adoptada pela generalidade dos códigos modernos. Não foi a interpretação errada, e absolutamente insustentável, do direito

romano a parte da theoria desenvolvida por Voet que passou para os códigos modernos. Foi a segunda parte, na qual o próprio Voet, compreendendo o absurdo que acreditava ter sido consagrado pelos jurisconsultos romanos, fez uma restrição hoje aceita pela quase totalidade dos códigos das nações cultas.

A leitura de Voet dá por terra com o infantil castello de contradicções architectado pelo nosso illustrado contradictor.

Quando reproduzimos no segundo artigo o § XXX do liv. 18, tit. 1º, do *Collegium Pandectarum* de Lauterbach, deu-se uma omissão que provocou o mais ruidoso escarcéo no ultimo artigo do Sr. Dr. Toledo.

Lauterbach, como todos os escriptores que tratam deste assumpto, divide os contratos de venda em vendas *ad corpus* e *ad quantitatem*. Tantas vezes temos repisado essa divisão, definindo cada uma das espécies, que nenhum espirito desprevenido poderá admittir que a ignoremos. Se é exactamente sobre os effeitos de cada uma dessas espécies de venda que versa toda esta discussão!...

Entretanto, o nosso contradictor, á guiza dos glozadores quando se viam em apuros na interpretação de um texto difficil, escreve as mais longas tiras para demonstrar que o lapso, a distracção, o esquecimento no transcrever as palavras de Lauterbach, prova que não conhecemos a distincção entre vendas *ad corpus*, e vendas *ad mensuram*!

Abençoado esquecimento, que fez o nosso adversario protestar com a maior vehemencia contra a distincção entre vendas *ad corpora* e vendas *per aversionem*, e dizer que um jurisconsulto da cathedra de Lauterbach nunca faria tão extranha distincção! Venda *ad corpus* e venda *per aversionem* exprimem a mesma idéa, diz o Sr. Dr. Toledo; são expressões synonymas.



Sim, não o contestamos, são expressões synonymas; mas, "*dans aucune langue il n'y a de synonymes parfaits*", ensina Gardin Dumesnil, e "*s'il y en avait, dit Du Marsais, il y aurait deux langues dans une même langue*" (*Synonymes Latins, Avant-Propos*).

Mesmo combatendo um esquecimento de nossa parte, isto é, combatendo moinhos de vento, o nosso adversário foi infeliz. Venda *ad corpus* e venda *per aversionem* são expressões synonymas; mas, isso não exclue uma ligeira diferença, uma pequena distinção entre esses termos, distinção aliás determinada pelo sentido literal das palavras. E quem nos vai ensinar esses matizes de linguagem é Maynz no vol. 2º, § 210, pag. 206, 4ª edição: a expressão *per aversionem* applica-se mais propriamente á venda de uma certa quantidade de coisas fungíveis, á venda simultânea de muitas coisas moveis.

Vejamos agora como deve ser entendido Lauterbach.

Para esse fim, vamos reproduzir todo o trecho em questão de Lauterbach, com as respectivas notas: "*Et hoc in casu emptio statim dicitur perfecta, quam-primum contrahentes de re et pretio consenserunt* (arg. pr. l. h. t. L. 15, ff. de peric. et commod.) *etiamsi sint res quoe numero et mensura constant* (L. 4º, § 1º e 2º, ff. d. t. L. 35, § 5º, ff. h. t. de contr. empt.) *quia principaliter hic ratio habetur ipsius fundi, seu totius rei venditoe.* (Mantica, d. tit. 17, num. 2, Carpzovius, d. resp., num. 6 et. seg.), *et pro pretio constituto venditum censetur omne illud, quod intra illius fines continetur, licet in demonstratione forsan error admissus sit* (Frantzk., d. 1. num. 114); *ita, ut secundum communem Doctorum sententiam, pretium neque in favorem venditoris sit augendum, si major rei quantitas reperiatur, neque in commodum emptoris minuendum, si minor rei venditae quantitas deprehendatur* (L. 13, § 14, ff. de A. E. V. L. 45 ff. de Evict) ; *sed ut aequalitas, quae inter contrahentes requiritur* (L. 6, ff. de peric. et comm. rei vend.),

*observetur utrobique, sive quid desit, sive abundei, id totum damno vel lucro emptoris cedat. Hic enim non ex modo et mensura, cujus tantum demonstratonis gratia mentio fada censetur, ut eo melius de corpore constare possit, pretium aes-timatur; sed ex corpore certis finibus demonstrato (arg. L. 40, § 2º, ff. h. t. L. 42, ff. de A. E. V., Rauchbahr, quaest. 21. num. 9; Carpzow., d.Resp., n. 14, § 15; Struw. Exerc. 23, th. 13; Berlich. dec. 346, num. 16, et dec. 347, num. 22; Esbach. ad Carpzovium, p. 2 C. 33, def. for. 9, n. 10). Atque hanc sententiam non tantum communem, sed in Praxi quoque receptam esse, testatur etiam Frantzk qui tamen quoad posterior em casum, si scil., res minor reperitatur, de jure communi, contrariam sententiam veriore esse judicat, quod etiam defendit Mantica, Burgund., Joh. Franc. Balthos, Besold. vid. Tuld., quitamen hoc recte limitat, si emptor modum sciverit; simulqut monet, mensuram hic non rigide exigendam esse, praesertim si vox, circiter, sit addita"*

No texto e nas novas copiadas tentos o subsidio com que contribuiu Lauterbach para o estudo da nossa questão.

Advirta-se bem nas palavras transcriptas, traduza-se com toda a atenção o latim, e ver-se-á no trecho de Lauterbach a mesma progressão que no trecho de Voet.

Lauterbach inicia o paragrapho, dizendo que, no caso da venda ad corpus, esta se reputa perfeita logo que os contratantes accordam em relação á coisa e ao preço, porquanto se attende principalmente nessa espécie de venda ao todo vendido, e julga-se transferido tudo o que está contido dentro dos limites do immovel, embora tenha havido erro na *enunção* ou *narração* da quantidade. Segundo a opinião commum dos doutores, quer se verifique quantidade maior que a enunciada, quer se descubra diminuição da medida, não se

deve augmervtar ou diminuir preço. A quantidade neste caso é declarada só para esclarecimento.

Essa opinião é, além de *commum*, a adoptada na pratica, o que attesta Frantzk, cumprindo observar que, no concernente á *hypothese* de se verificar uma quantidade menor (exactamente a questão que discutimos), o dito Frantzk julga mais verdadeira (*veriozem*) em direito *commum* a doutrina contrairia, pondo sobre o qual concordam com Frantzk, Mantica, Burgund, Joh. Franc. Balthas., Besold. E termina Lauterbach: veja-se Tuld, que faz uma justa (*recte*) limitação a essa regra, e não admite a diminuição de preço no caso de ter o comprador sabido previamente quanto media o immovel. Segundo o mesmo Tuld, não se deve exigir a quantidade com demasiado rigor, especialmente se foi incluída a, *clausula* — pouco mais ou menos (*circiter*).

Assim conclúe Lauterbach esse paragrapho, e nada mais escreve sobre a venda *ad corpus*, que nos interesse.

Não está patente na sequencia das idéas de Lauterbach a mesma gradação observada em Voet? A principio a interpretação erronea do direito romano, e depois a lição verdadeira e jurídica dos jurisconsultos citados no fim do paragrapho. Em relação á doutrina desses escriptores citados por ultimo nem uma objecção, nem a mais ligeira restricção.

Além disso, os escriptores citados no começo do paragrapho são Mantica, Carpzovius e Frantzk.

São essas as grandes autoridades em que se apoia Lauterbach para emittir a opinião da primeira parte do paragrapho. Entretanto, no fim do paragrapho são invocados de novo Mantica e Frantzk para sustentarem que no caso da venda de quantidade maior que a realmente existente, segundo o direito *commum*, deve diminuir-se o preço.

Todo inflammado em ardente zelo pela reputação de Lauterbach, o Sr. Dr. Toledo indignou-se por termos admittido a possibilidade de citar esse jurisconsulto os mesmos escriptores para o fim de demonstrar duas affirmações divergentes.

Attente o leitor na palavras copiadas de Lauterbach, e verifique por si mesmo quem comprehen-deu melhor o *Collegium Pandectarum*.

Não nos foi possível consultar todos os escriptores citados por Lauterbach. Um delles, entretanto lemos attentamente, o Cardeal Mantica, que desenvolvida e profundamente trata desta questão no liv. 4º tit 17, de sua grande obra — *De Tacitis et Ambiguis Conventionibus*.

Com o mais alto critério ensina Mantica: se se verificar uma quantidade menor do que a declarada, o comprador não deve soffrer por esse facto; porquanto, sendo explicável e natural a ignorância das coisas alheias, é evidente que o comprador a quem se declarou uma medida determinada foi induzido a comprar confiado nessa declaração.

Reproduzamos o original: "*nam, si mi nus reperitur, quam fuerit expressum, emptor non debet hoc detrimentum sentirei guia cum in rebus alienis probabilis sit ignorantia, ex modo expresso ad emendum fuit inductus pro pretio convento: ergo, si minus reperiatur, venditor ex empto tenetur quanto minoris emptor fuisset empturus, et consequenter numerum jugerum quem venditor expressit, debet supplere, vel minori pretio contentus esse. Sed, si plus inveniatur, habet venditor quod sibi imputei, si in totunt cedat lucro emptorisi quia in rebus suis non est ptobabilis ignorantia (n. 23, in fine).*"

E' este o escriptor que, juntamente com Carpzovius e Frantzk, Lauterbach cita no primeiro período do § XXXII, já transcripto. E além desses mais nenhum jurisconsulto; apenas textos de direito romano, isto

é, os fragmentos sobre os quaes tanto já temos escripto. Ora, é exactamente no primeiro período do § XXXII que Lauterbach allude á commun opinião dos doutores.

Vê o Sr. Dr. Toledo que tínhamos razão, quando notávamos a circumstancia de haver Lauterbach citado Mantica e Frantzk na primeira parte do paragrapho, em que se faz referencia á opinião contraria á que temos expendido, e na segunda parte, na qual se faz uma limitação a essa doutrina.

Não denominámos esse seqüência de idéas uma contradicção. A leitura attenta do trecho revela claramente o que o nosso contradictor não quiz muito propositalmente comprehender. Lauterbach a principio considera as duas hypotheses—a diminuição e o augmento de quantidade, e estuda os effeitos de cada um desses factos; depois, trata exclusivamente da nossa questão—a falta de quantidade: — *quoad posteriorem casum, si scilicet res minar reperiatur, de jure communi contrariam sententiam veriore esse.*

Como isto é inequivoco, como isto é claro, para quem não tem os olhos obstinadamente vendados!

Entretanto, lançando mão de um recurso muito usado quando não se tem razão, nem o que dizer, o nosso illustrado contradictor accusanos de termos imputado a Lauterbach uma contradicção em que não cahiria o mais medíocre leguleio! E a propósito levanta o mais ruidoso babaréo!

Lauterbach termina o paragrapho tantas vezes citado, resumindo a opinião de Frantzk, Mantica e outros, sem refutal-a, sem combatel-a, depois de ter reproduzido no começo do paragrapho a opinião contraria. E' preciso, pois, ter uma extraordinária dose de bôa vontade para descobrir no Collegium Pandectarum a opinião do Sr. Dr. Toledo, a

qual, seja dito a bem da verdade, ainda não vimos em nenhum escriptor de nota, pelo menos sustentada com a latitude que lhe dá o nosso adversário. Para o Sr. Dr. Toledo, não o esqueçamos, o vendedor enuncia a quantidade, e depois pôde entregar a medida que lhe aprouver. Elle não admite nenhuma das restric-ções, nenhum dos limites até hoje conhecidos.

Basta de Lauterbach.

Donellus, que o nosso illustrado contradictor deixou de invocar em seu auxilio, escreveu sobre a venda ad corpus as seguintes palavras: "*Sed et in modo fundi, si plus esse dixit venditor, quam in eo erat, placet interdum id non praestari, si aliunde suppleatur. Quod duobus casibus accidit. Uno, si quis unum fundum vendens, cum in eo nonaginta jugera tantum essent, dicat in eo esse centum, dum errans ita putati: post autem priusquam modus declaretur, atque ita tradatur, tantum alluvione accreverit, quatum initio deerat. Hic, inquam, placet veniam ignorantise dari, ut non teneatur venditor in eo, quod totum habet emptor, tametsi aliunde accesserit: cum hoc sirte incommodo emptoris contingat. Aliter si sciens de modo sit mentitus: quia, semel dolo fecerit, nec alluvione sequente dolus purgetur* (L. Julid-nus, 13 § si Titius, D. act. empt.) *Alter casus est si Juobus fundis uno pretio venditis, de modo utriusqui fundi separati ita pronuntiaverit venditor, ut in uno plus esse diceret quam erat, in altero minus, ita ut tn hoc posteriore aliquid exsuperaret ultra id quod dictum est. Etiam hic placet quantumcunque id erit, quod tn uno exsuperabit, eatenus venditorem non teneri ad ea, quae in altero desunt, sed haec eo, quod in alterius plus est suppleri; seu quod in uno plus est, cum eo quod in altero deest compensari*" (De Jure Civili, liv. 13º, capt. 3º, n. XXI)

Donellus é tão claro, que nunca poderia haver duas interpretações do paragrapho transcripto. Se o vendedor no dizer, no

enunciar, a medida da herdade, exaggerou a quantidade realmente existente, verificada a deficiência — *entende-se algumas vezes (placet interdum)* que o vendedor não responde por ella, si por outro modo é supprida. Esta excepção se verifica em duas hypotheaes: 1º, quando o vendedor declara que vende cem geiras, e de facto o immovel vendido *ad corpus* só tem noventa geiras; antes, porém, que se verifique a quantidade, accrescem dez geiras em virtude da alluviação. Neste caso, porque o comprador nenhum prejuízo soffreu, não se exigem do vendedor as dez geiras que faltavam para completar as cem declaradas no contrato, excepto se o vendedor procedeu dolosamente; porquanto, se de má fé fez uma declaração falsa sobre a medida, é obrigado a entregar as cem geiras, ficando o comprador com mais dez por titulo diverso, em virtude da alluviação.

E' como se vê, a traducção do texto tão brilhante e profundamente desenvolvido por Cujacio e por Troplong, cuja doutrina reproduzimos no anterior artigo.

A segunda hypothese dá-se quando, vendidos dois immoveis por um só preço, o vendedor attribuiu a um maior extensão do que tem, a outro menor medida que a real; nesse caso compensa-se o que falta em um com o que sobra em outro.

As duas excepções são determinadas por uma consideração de equidade, o que também já vimos admiravelmente explicado por Cujacio e Troplong.

Donellus, pois, é francamente contrario á opinião do Sr. Dr. Toledo.

Os escriptores que na venda *ad corpus* não exigem a entrega da quantidade declarada, assim opinam por entenderem que nessa modalidade do contrato de compra e venda a enunciação da quantidade é

feita para esclarecimento do comprador, a título de informação, para dar a conhecer a coisa vendida.

Essa declaração da quantidade somente para esclarecimento, diz Brunnemann, raras vezes se dá, especialmente quando se incluem no contrato outros elementos pelos quaes se pôde conhecer a coisa vendida: "Sed notandum est, raro quantitatem nudae demonstrationis causa addi, et non ita positam esse, pruesumi per traditae Molin. d. n. 8, praesertim, si aliae additae circumstantiae, ex quibus ager quis sit, cognosci possit, v. gr. confines. Nam cuni nulla verba in contractu otiose posita esse praesumendum sit, et sine virtute operandi". (*Commentarius in Pandectas*, liv. 18, tit. 6º, n. 35).

Ahi está uma verdade de irrecusável evidencia. Quando o imóvel já está perfeitamente caracterizado, tem limites exactos e precisos—por exemplo, a declaração de quantidade só pôde reputar-se incluída no contrato em proveito e para garantia do comprador. Não se presumem no contrato palavras ociosas.

O único escriptor antigo, d'entre os que conseguimos ler, que sustenta a opinião do Sr. Dr. Toledo, ou, mais propriamente, em *poucas palavras emite* essa opinião, é Gomes no tomo 20, cap. 20, n. 16—*Variarum Resolutionum*. Esse, sim, diz que se pôde vender um imóvel *ad corpus* com declaração da quantidade; e depois entregar a coisa vendida com muito menor medida que a expressa no contrato, e dil-o com o seu habitual entono de jurisconsulto hespanhol do século XVI, fazendo sempre preceder ás suas afirmações as palavras—*breviter, resolutivé et magistralitter dico*.

Mas, quer o Sr. Dr. Toledo saber qual é o único apoio de *Antonius Gomezius* ao enunciar essa opinião ? E' o fr. 17, *De conditionibus*



*et demonstrationibus*. Leia o Sr. Dr. Toledo todo esse texto, e diga-nos em sua consciência se ha nelle alguma coisa que possa servir de fundamento á opinião do escriptor hespanhol.

Note-se que Gomes nem faz a mais ligeira abusão aos textos que são assentos da matéria em direito romano, e que já vimos como foram interpretados por Cujacio, Donellus, Mantica, Brunnemann, Covarruvias, Despeisses, Maynard, Pothier, Troplong, Maynz e outros.

O Sr. Dr. Toledo não acceitou o Cod. Chileno, que lhe havíamos dado com excessiva generosidade, e ficou-se unicamente com o Código Hespanhol. Fez bem. Foi um nobre acto de lealdade.

Na verdade, examinámos com a mais detida atenção o original da lei chilena, e averiguamos que o laconico resumo que havíamos consultado não é fiel. O Cod. Chileno está comnosco. Ainda bem que assim é.

Quanto ao Hespanhol, desta vez o nosso contendor declarou acceital-o unicamente a beneficio de inventario.

Havíamos dito em nosso primeiro artigo que ha hypotheses em que o próprio Cod. Hespanhol, aliás o único opposto á nossa doutrina, prescreve a obrigação de entregar o vendedor toda a quantidade declarada, se o comprador não se contentar com a diminuição do preço. Taes casos se verificam, quando na escriptura de venda foram fixados de modo preciso os limites.

Não, absolutamente não, protesta o nosso illustre contendor; o que manda o Cod. Hespanhol é que se entregue todo o immovel encerrado nos limites constantes do contrato de venda. E em seguida transcreve a seguinte aliena do art. 1471: "*Pero, si además de espresarse*

*los linderos, indispensables en toda enajenacion de inmuebles, se designarem en el contrato su cabida ó numero, el vendedor estará obligado á entregar todo lo que se comprenda dentro de los mismos linderos, aun quando exceda de la cabida ó numero expresados en el contrato".*

E pára nesse ponto

Oh ! isto não se tolera, isto não se admítte em uma discussão relativa á doutrina. E' a segunda vez que o nosso illustrado contradictor, para conseguir um triumpho momentâneo, omitta um trecho de importância capital.

Transcrevamos a *alínea* immediata, e copiando a traducção franceza de Leve, a que temos á mão: "*Si le vendeur ne peut faire cette délivrance, il subira une diminution du prix proportionnelle á ce qui manque de la contenance, ou de la quantité, á moins que le contrat ne soit annulé parce que l'acheteur ne se contente pas de ce qui lui est délivré*".

Vê-se que no systema do Cod. Hespanhol, nesse ponto divergente dos outros codigos modernos e dos autores que temos citado, a delimitação do immovel é o essencial, a caracterisação da coisa pelos limites precisos é tudo. Mas, quando não se cumpre o contrato de accordo com esse systema, quando o comprador não recebe a herdade com os mesmos limites que elle viu, e, já conhecedor da lei de seu paiz, examinou attentamente, então o proprio Cod. Hespanhol abandona o seu systema, e appella para a solução de todos os outros codigos modernos: nesse caso o comprador tem o direito de exigir a quantidade enunciada, ou de rescindir o contrato. Verificada a hypothese que acabamos de figurar, o Cod. Hespanhol é até mais rigoroso do que os demais codigos: permite a rescisão, sem limitar por que falta ou deficiencia.

A proposito do Cod. Hespanhol o nosso contradictor metteu-se a galhofar, dizendo que nós attribuímos a esse código o absurdo de permittir a venda de um immovel infinito. Não é de se extranhar. Desta vez, posto que ainda solitario, o nosso contradictor veio todo alegre e risonho, jorrando-lhe dos lábios a facecia com uma fecundidade nunca vista.

Entretanto, era fácil comprehender o nosso pensamento. Nem sempre são precisados os limites, indicadas as balizas, estremado o perímetro do immovel vendido. Frequentemente se enunciam apenas as confrontações. E' o que se faz quotidianamente entre nós. Na venda de um predio rústico declaram-se, ern geral, os prédios rústicos confinantes, sem se precisarem os extremos. Nem mesmo é possível determinar os limites, *termini*, de um immovel ainda não demarcado. Entretanto, ninguém dirá que, dadas as confrontações, não esteja satisfeito o preceito legal, que só exige exactamente as confrontações.

Vê o Sr. Dr. Toledo que entre vender um immovel *com limites precisamente fixados* e vender um immovel infinito ha logar para aquillo que se faz constantemente, que é vender um immovel com a indicação das confrontações, dos prédios de propriedade dos vizinhos confinantes.

O Sr. Dr. Toledo quer nos arrancar á viva força o Cod. Portuguez. Não o conseguirá, fique certo disso, especialmente se continuar a pedir auxilio, como fez em seu ultimo artigo, ao commentador Dias Ferreira.

Dias Ferreira (vol. 4º, pag. 16, linha 43) diz que a fonte do Cod. Portuguez nesta matéria é o Cod. Francez nos arts. 1617 a 1620. Ora, o Cod. Francez trata nos artigos 1617 e 1618 da venda *ad mensuram*, e nos artigos 1619 e 1620 da venda *ad corpus*. Logo, não é possível que o Cod. Portuguez, tendo como fonte para as suas disposições sobre a compra e venda o Cod. Francez, admitta a opinião do nosso contendor.

Demais, Dias Ferreira ensina á mesma pagina, linhas 46, 47 e 48, que "*A primeira obrigação do vendedor, que é expressa no Cod. Francez, e que se subentende no nosso, apesar do seu silencio, é entregar ao adquirente a quantidade marcada no contracto*". A qual das duas espécies de venda se refere Dias Ferreira neste trecho, á venda *ad corpus*, ou á venda *ad mensuram* ? Evidentemente á venda *ad corpus*, porquanto em relação á venda *ad mensuram* ha, segundo diz o Sr. Dr. Toledo, disposição expressa no art. 1576.

Eis a que resultado se chega na interpretação do Cod. Portuguez, quando se toma como guia Dias Ferreira, o mestre invocado pelo Sr. Dr. Toledo.

Se a lição de Dias Ferreira neste ponto é aceitavel ou não, é coisa que talvez ainda tenhamos de discutir mais tarde.

Resta-nos o espantalho do Cod. Allemão.

Com respeito a este código temos mais uma das facecias de que vem recheiado o ultimo artigo do Sr. Dr. Toledo. Diz elle que a doutrina do Cod. Allemão é a mesma do Cod. Hespanhol e do direito romano! Isto dito pelo nosso contendor, que tem sempre sustentado que o Código Allemão exige a garantia do vendedor formalmente estipulada, ao passo que em direito romano, conforme tem reconhecido o próprio Sr. Dr. Toledo, basta que o vendedor *diga, pronuncie*, a medida (*modus dictus, modus pronuntiatus*), para ficar obrigado á entrega de toda a quantidade, é de uma graça adorável.

Se fossemos nós quem o affirmasse, compreender-se-ia, pois temos dito sempre que o Cod. Allemão não exige a garantia no sentido rigoroso, no sentido juridico, que quer descobrir no artigo 468 desse código o nosso illustre contendor.

Eis aqui as palavras empregadas pelo legislador germânico no art. 468: "*Sichert der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer eine bestimmte Grasse des Grundstücks zu, so haftet er für die Grosse avie eine für zugesicherte Eigenschaft*".

O verbo de que se serviu o legislador alemão foi *zusichern*, que o Sr. Ruy Barbosa, no parecer citado pelo nosso contradictor, traduziu por *prometter*. Vejamos qual a significação dada a esse termo *zusichern* pelos lexicons. No dictionario de Michaelis *zusichern* significa—assegurar, asseverar, afirmar, dar por certo, dar seguridade, prometter com segurança. No grande dictionario de Sachs-Villate *zusichern* quer dizer—*assurer quelque chose á quel-qu'un*.

O verbo alemão equivalente a garantir em portuguez é *verburgen*, que, segundo Michaelis, se traduz por—*abonar, afiançar, ficar responsável por alguma coisa*, ou, no dictionario de Thibaut, *por se porter garant le quelque chose, répondre de quelque chose*.

O legislador alemão não empregou o termo próprio para exprimir a garantia no sentido jurídico. Usou de um verbo equivalente ao verbo portuguez garantir na accepção lata e muito commum de asseverar, afirmar (Dictionario de Domingos Vieira).

Tudo o que temos escripto até aqui tem somente por fim illustrar o assumpto.

Tratemos agora das normas positivas, do direito escripto, a que está sujeita a espécie entre nós.

Esse direito, o nosso illustrado contradictor ainda não ousou contestal-o uma só vez, é o direito romano (Ord., liv. 30, tit. 64, lei de 18 de agosto de 1769).

Aqui, pois, está a questão central, a verdadeira questão que temos de resolver.

Infelizmente para o nosso illustrado contradictor, todos os seus esforços neste ponto se reduzem ao seguinte: comprehendendo o grave absurdo da conclusão a que tem de chegar, dá mil voltas, faz rodeios sem conta, em torno da asserção que, bem se vê, lhe causa horror, mas afinal irresistivelmente, fatalmente, vae espetar-se no conceito de que o Digesto está incompleto, de que o Digesto não é claro, de que falta alguma coisa no Digesto.

E, circumstancia digna de attenção, as arrojadas conjecturas do nosso contendor, as suas originaes hypotheses são todas de sua lavra exclusiva, e não vêm apoiadas por nenhuma autoridade em direito romano.

Parece-lhe injusta, tem repetido á saciedade, a divergência de posição entre o vendedor e o comprador. Como é possível que o vendedor em direito romano responda pela quantidade enunciada, e o comprador não seja obrigado a restituir o excesso ?

E então, para desvalorisar a doutrina que temos sustentado, diz constantemente ser Pothier o único jurisconsulto que a ensina.

Já mostrámos, e elle não se animou a contestar, que não é só Pothier quem ensina essa verdade; que é tambem Covarruvias, Brunnemann, Despeisses, Maynard, Cujacio, Troplong, Maynz, Accarias. A essa phalange accrescentamos hoje mais um—Mantica, o qual, como vimos ha pouco, dá esta razão fundamental á sua doutrina: o vendedor deve conhecer o que vende, ao passo que o comprador póde ser facilmente illudido.

Não se trata, pois, como diz o Sr. Dr. Toledo, de aferir a racionalidade de uma regra de direito pelo critério individual de Pothier.

Se a declaração de quantidade é feita pelo vendedor, é claro que ella importa uma garantia para o comprador, e não para o primeiro, porquanto o segundo não declara coisa alguma, e consequentemente não assume nenhuma obrigação. Não reproduziremos o que deixamos dito em nosso segundo artigo, e que o nosso illustre contradictor não combateu até hoje, senão com phrases vagas. Consulte Troplong, e verá que os commentadores do Codigo Francez, reputam todos uma innovação a equiparação do vendedor ao comprador neste effeito da compra e venda, consagrada pelo dito código. |

Quer o Sr. Dr. Toledo mais uma demonstração do nosso asserto? Tel-a-á, e sob a forma de um argumento *ad hominem*. O Sr. Dr. Toledo tem repisado a affirmação de que em face do Código Alle-mão o vendedor só, responde pela deficiência de quantidade, quando a garante formalmente. Pois bem: nem no artigo 468 do Cod. Allemão, nem em qualquer outro, allude o legislador allemão á garantia, dada pelo comprador, de restituir o excesso. Não lhe parecerá também injusto que o comprador exija e obtenha do vendedor a garantia da quantidade, e depois, verificado excesso, e não falta, não seja obrigado a restituir esse excesso? Se alguma coisa prova o Cod. Allemão, tal como foi interpretado pelo nosso contendor, é que tanto é verdade que a declaração de quantidade no contrato de compra e venda se faz *ad utilitatem emptoris* (na phrase de Mantica), que o legislador allemão só se refere á garantia em favor do comprador, e não allude á garantia do vendedor, que bem deve saber quanto vende.

O próprio Cod. Hespanhol, o baluarte do nosso antagonista nesta controversia, não equipara a posição do vendedor á do comprador na venda *ad mensuram*. Leia o Sr. Dr. Toledo os arts. 1469 e 1470, e ha

de vêr que no primeiro o legislador hespanhol é mais rigoroso para com o vendedor do que no segundo para com o comprador. De resto, o Cod. Francez (arts. 1617 e 1618) e o Italiano (1473 e 1474) tratam igualmente com mais dureza o vendedor que o comprador na venda *ad mensuram*.

Não se póde, pois, ir dizendo sem fundamento que o direito romano, ao diversificar as posições das duas partes contratantes na venda *ad corpus*, é contrario á boa razão.

Pela leitura dos códigos citados vê-se com que ousadia o nosso illustrado contendor affirma que a reciprocidade é de direito universal !

Reproduzindo o ensinamento de Cujacio e de Troplong (onde encontrar mais respeitáveis autoridades ?), dissemos que o fr. 6o e o fr. 13, § 14, *de actionibus empti et venditi*, se conciliam perfeitamente, porquanto o primeiro contem uma regra e o segundo uma hypothese especial, resolvida de accordo com o principio da equidade.

Não é possível, atalha com segurança o nosso illustrado e distincto antagonista, não é possível, porquanto, segundo ensina Van Wetter, o direito romano differe das legislações modernas pelo facto de quebrarem estas frequentemente o rigor dos princípios jurídicos diante de considerações de equidade, ao passo que aquelle não se inspira quasi nunca senão em princípios jurídicos, sendo essa a razão pela qual Leitnitz qualifica os jurisconsultos romanos de mathematicos.

Pobre Van Wetter! Nem sequer merece as honras da tortura, como Voet, Donellus e Lauterbach! E' escarnecido impiedosamente ! Eis aqui o que escreveu Van Wetter: "*Ce qui distingue avant tout les jurisconsultes romains, c'est leur esprit systématique, la rigueur de leurs déductions; leur point de départ est parfois faux, mais leurs décisions*



*violent bien rarement les règles de la logique. Leibnitz les a potir ce motif comparés aux mathématiciens"* (*Cours de Droit Romain*, tomo I, pag. 47, 2ª edição).

Van Wetter preconiza a lógica dos juristas romanos, e o nosso contraditor d'ahi conclue que esses juristas não se inspiravam na equidade E esta !...

Nem era possível que Van Wetter ensinasse o que se lhe atribuiu. Savigny no *Tratado de Direito Romano*, vol. 1º, cap. 15... Mas, não é mister invocar Savigny para demonstrar uma verdade incontestada. Berriat Saint Prix no seu *Manuel de Logique Juridique*, n. 134 e seguintes, diz: *Les jurisconsultes romains font souvent prévaloir l'interprétation bénigne sur l'interprétation rigoureuse*". E em seguida cita os fragmentos 56, 58, 192, *de regulis juris*, e uma infinidade de textos de outros títulos do Digesto, os quaes provam todos a verdade affirmada.

Van Wetter diz que o ponto de partida dos raciocínios dos juristas romanos não raro é falso, mas que suas decisões raras veze violam as regras da lógica. Isso não significa que elles não assentassem no principio da equidade os seus raciocínios jurídicos. Quer dizer somente que, ou partindo de princípios jurídicos, ou partindo do principio de equidade, suas deducções eram, em geral, rigorosamente logicas.

O Sr. Dr. Toledo repelle a interpretação do fr. 13, § 14, dada por Cujacio e Troplong, porque, no seu entender, a razão de decidir a hypothese figurada nesse texto não é peculiar á mesma hypothese, mas o principio geral que faz decorrer a irresponsabilidade, ou a responsabilidade, do vendedor de boa ou má fé com que o mesmo declarou a quantidade.

Temos de um lado quatro fragmentos, todos já reproduzidos por nós (2º, 40, § 1º e 6º *de actionibus empti et venditi*, e 69, § 6º, *de*

*evictionibus*), nos quaes se obriga o vendedor a entregar a quantidade declarada (*modus dictus vel pronuntiatus*), sem a menor distincção entre os casos em que o vendedor faz a declaração de má fé e os em que elle a faz de boa fé. E onde a lei não distingue, diz um lugar commum da hermenêutica, o interprete não pode distinguir.

Temos do outro lado um só fragmento em que se figura a *hypothese* especialíssima de não entregar o vendedor a quantidade enunciada, e não obstante nenhum prejuízo soffrer o comprador, graças ao facto, todo eventual, da alluviação ! Nesta *hypothese*, especialíssima o legislador se afasta do principio consagrado nos outros textos.

Não é racional, não é natural, não é uma imposição dos princípios do direito e da lógica, dizer com o grande Cujacio e com o autorisadissimo Troplong que nesse caso especial temos uma decisão determinada pelo principio da equidade, em consequência dos elementos peculiares á especie ?

Não, responde o nosso contradictor, porque, segundo Ribas, o erro que dá direito a uma indemnização é somente o erro que provem de fraude da parte contraria.

Com isso quer dizer que, se o vendedor não procede de má fé, o seu erro no enunciar a medida não dá direito a obrigar-o a entregar o todo contratado.

Veja agora o leitor como o vezo de supprimir nos trechos citados a parte que lhe é contraria persiste nos escriptos do noso contradictor. Ribas escreveu o seguinte: "Este direito (á indemnização) só existe quando o erro provém de fraude da outra parte; ou quando esta affirmou a existencia de certas qualidades que se não encontram na coisa que faz o objecto do contracto."

Que diz a isso o Sr. Dr. Toledo, para quem falta de quantidade equivale á falta de qualidades, como elle não se fatiga de reperfir?

Não é só isso. Ribas não disse, nem podia dizer, a heresia que lhe foi imputada. Logo no período seguinte elle ensina que o erro só é excusavel, quando não precede de negligencia, e termina dizendo que é inexcusavel o erro sobre facto próprio (Dir. Civ., vol. 2º, pags. 358 e 359).

Ora, quem vende um immovel, e declara na escriptura de venda que elle tem duzentos alqueires, quando na verdade só mede cento e cinco, se não procede de má fé, evidentemente incorre em culpa, póde ser justamente accusado de negligencia.

O vendedor deve conhecer o que vende, o comprador é explicável que ignore o que compra. *"Cum in rebus alienis probabilis sit ignorantia, in rebus suis non est probabilis ignorantia"*, diz Mantica, desenvolvendo magistralmente a doutrina que temos expendido (obra citada, liv. 4ª, tit. 17, n. 23).

O Digesto já havia consagrado essa regra tão rudimentar. E em que fragmento! Ah! se o nosso contradictor o tivesse lido, não se abalançaria a asseverar que o citadp fr. 13, § 14, só obriga o vendedor á entrega de toda a quantidade, quando a declaração foi feita com má fé, e não com simples culpa, ou negligencia. E' exactamente esse malfadado fr. 13 que, um pouco antes do § 14, contém as seguintes palavras (§ 3º) : *"Videamus, an ex empto teneatur? Et putem teneri. Atqui ignoravit: sed non debuit facile quae ignorabat, adseverare."*

O vendedor não devia *facile quae ignorabat adseverare*.

E, como se o jurisconsulto romano fizesse timbre de revelar o seu pensamento com a máxima clareza, e quizesse mostrar com impertinencia que, no seu conceito, a negligencia do vendedor, o erro

devido á falta de cuidado em conhecer a coisa vendida, é equiparavel ao dolo, logo no § 16 do mesmíssimo fr. 13 acrescentou o seguinte: "*In his autem quae cum re empta praestari solent, non solum dolum, sed et culpam praestandam arbitror.*"

Diante destes textos a que ficam reduzidas as aéreas conjecturas do nosso illustre contendor no fim da secção do seu escripto em que se occupa do direito romano?

"A nosso vêr, diz o Sr. Dr. Toledo, o fr. 6º, de Pomponio não póde ser entendido com a amplitude que parece ter á primeira vista."

E, sem se apoiar em uma só autoridade, envereda pela senda das meras supposições, das possibilidades.

1ª possibilidade: o texto de Pomponio — *tenetur ex empto venditor, etiamsi ignoraverit minorem fundi modum esse* — refere-se unicamente á venda *ad mensuram*.

Não, por ahi não vai bem. Esse fragmento de Pomponio não se refere, nem póde referir-se, á venda *ad mensuram*.

Em primeiro logar, os jurisconsultos romanos, quando tratam da venda *ad mensuram*, usam de termos que claramente designam a espécie. Assim no fr. 40, § 2º, de *contrahenda emptione*: "*Qui agrum vendebat, dixit, fundi jugera de cem et octo esse ; et quod ejus ad mensum erit, ad singula jugera certum pretium stipulatus erat*". Assim no fr. 3, § 3º, *si mentor falsum modum dixerit*: "*Sed si venditor majorem modum tradiderit fraudatus a mensore*", etc.

Em segundo logar, a questão de saber se houve boa ou má fé por parte do vendedor não tem sido agitada, nem póde sê-lo, em relação á venda *ad mensuram*. Voet, que, no começo do trecho já transcripto, a discute quanto á venda *ad corpus*, não mais lhe faz allusão quando trata

da venda *ad mensuram*. Nem tinha isso cabimento. A razão, peremptória, é que a venda *ad mensuram* só se torna perfeita depois que se mede a coisa vendida: "*Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata, admensa, adpensave sint: quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri*" (fr. 35, *de contrahenda emptione*).

Isto se applica tanto aos moveis como aos immoveis, o que se vê claramente no mesmo texto.

E' o que também ensina magistralmente o Cardeal Mantica: "*In primis autem admonendi sumus, quod si venditio intelligatur facta ad corpus, illo est pura, si vero intelligatur ad mensuram, censetur conditionalis, et antequam adhibita sit mensura, non dicitur esse perfecta, quod locum habet non modo in rebus mobilibus, sed etiam soli*" (*loco citato*, n. 2). E logo adiante: "*Ex hoc autem eleganter deducitur, quod antequam fuerit adhibita mensura, per clausulam constituitur, non transfertur possessio, nec dominium*" (n. 3).

Se a venda não se reputa perfeita senão depois de medido o imóvel, é ocioso indagar se o vendedor ao declarar a quantidade procedeu dolosamente ou não.

E' evidente que, em qualquer das duas hypotheses, o comprador só pagará tantas unidades quantas houver recebido e verificado pela medição. Isso não se discute.

2º possibilidade: o fragmento de Pomponio refere-se á hypothese de ter o vendedor *garantido* a quantidade declarada.

Não, por ahi também não vae.

Em todo os textos de direito romano citados pelos muitos escriptores que tratam desta questão só se lêem referencias á *enunciação*

da medida, á expressão da medida, e nunca á medida *garantida*, á *garantia* da medida.

Aponte-nos o Sr. Dr. Toledo um só fragmento, que alluda á garantia da medida.

Já mostrámos no artigo anterior que os interpretes e os expositores do direito romano nunca falam em garantia, mas, sim, em expressão da medida. Como, pois, o Sr. Dr. Toledo, sem citar uma só autoridade, sem se basear em um só texto do direito romano, engendra uma hypothese como esta, pura phantasia, mero producto da imaginação?

E' singular: o direito romano é um dos ramos da sciencia jurídica mais explorados; no seu domínio não nos faltam guias para o estudo das questões mais intrincadas; entretanto, apenas se vê o nosso contradictor em face dos textos romanos, desaparecem como por encanto todos esses thesouros preciosos accumulados pelo esforço de tantos séculos, e o Sr. Dr. Toledo não descobre um só exegeta, um só commentador, que lhe preste o mais parco subsidio.

Nem sem absurdo, termina o nosso contendor esta parte do seu trabalho, póde ser interpretado o texto de Pompinio como pretendemos. Se o vendedor declarar que o immovel tem tantas geiras, conforme reza o titulo de aquisição, acrescentando que elle, vendedor, ignora a exactidão do que declarou o seu antecessor no dominio, nada falta, diz o Sr. Dr. Toledo, para que se verifique a responsabilidade do vendedor; mas, quem dirá que esse vendedor seja obrigado a indemnizar a falta averiguada?

Parece incrível que se possa jogar com as palavras tão desembaraçadamente. Se o vendedor referiu a quantidade enunicada no seu titulo de aquisição, mas acrescentou que ignora se o immovel tem, ou não, essa medida, é evidente que o vendedor não declarou a

quantidade. Pois, dizer alguém que não sabe se a escriptura pela qual comprou seu prédio é, ou não, a expressão da verdade, no tocante á quantidade enunciada, é a mesma coisa que declarar que seu prédio contém tantas unidades de uma certa medida?

O vendedor declara que não sabe quanto mede o seu immovel. Logo, diz o Sr. Dr. Toledo, decla rou a medida do immovel !...

A quanto argumento esdrúxulo obriga a defeza de uma opinião sem base no direito!

O vendedor que diz não saber se é exacta a medida que deram ao seu immovel, não exprime a quantidade, não illude de modo nenhum o comprador, e não assume obrigação alguma para com este em relação á extensão do prédio.

Não ha difficuldade neste ponto.

Quanto á acção competente para pedir a quantidade que falta, começa o Sr. Dr. Toledo a sua contestação, affirmando que a acção *ex-empto* é um género que comprehende diversas espécies, entre as quaes estão a *redhibitoria* e a *quantum minoris*. E a propósito cita Maynz na seguinte passagem: "*les actions édilitiennes sont souvent comprises dans la Aénomination générale—actiones ex-empto*".

*Quid inde?*

Não comprehendemos como do trecho reproduzido se possa deduzir qualquer conclusão contra o que temos constantemente dito.

Quando falta uma parte da quantidade declarada, a acção que tem o comprador é a *ex-empto*. Quando faltam qualidades enunciadas no contrato, a acção do comprador é a *quantum minoris* para obter a diminuição do preço, ou a *redhibitoria* para rejeitar a coisa comprada.

Ficamos agora sabendo que a *quanti minoris* é muitas vezes compreendida na denominação — acção *ex-empto*.

Dahi somente se póde concluir que a expressão *ex-empto* se toma em dois sentidos: ora no sentido lato, compreendendo diversas espécies de acções, ora no sentido restricto, designando a acção pela qual o comprador pede a quantidade que falta, conforme demonstramos com diversos textos no artigo anterior. Eis a conclusão única que, em relação á nossa controvérsia, póde ser tirada da affirmação do nosso contradictor.

Nada mais.

O Sr. Dr. Toledo reconhece que neste ponto temos do nosso lado uma phalange de jurisconsultos pátrios; mas, a essa phalange oppõe o Dr. Carlos Perdigão, que suppõe apoiado em Donellus.

Ora, já vimos ha pouco quão longe está Donellus de autorisar o conceito que se pretende á finai força apadrinhar com sua respeitável autoridade. Donellus só admitte que em dois casos o vendedor não responda pela quantidade do immovel (*modo fundi*) : na conhecida hypothese da alluvião, e quando se vendem dois immoveis, compensando-se o que falta e um com o que excede em outro.

Sendo assim, a acção para pedir a falta ha de ser forçosamente uma acção *ex-empto*, não podendo,, porém, ser a *quanti minoris*, porque essa, o nosso *contradictor* se tem incumbido de provar á saciedade, é destinada á diminuição do preço.

Uma fatalidade nos persegue, sempre que temos de verificar alguma citação de Vant-Wetter feita pelo nosso adversário.



Diz o Sr. Dr. Toledo que Van-Metter só admite a acção *quantum minoris* para o fim de se obter a diminuição do preço, ou a *redhibitoria* para rejeitar a coisa comprada, e não reconhece ao comprador o direito de pedir a *quantidade*, nem lhe dá acção para esse fim.

Ora, apenas abrimos o segundo volume do *Cours de Droit Romain* do citado Van-Wetter, no § 389,. pag. 121, linhas 24 e 25, segunda edição, e lemos im-mediatamente o seguinte: "*l'indication de la contenance na d'autre but que de forcer le vendeur á prestel' au minimum cette contenance*".

Note-se que isso foi escripto em relação á venda *ad corpus*. Da venda *ad mensuram* trata Van-Wetter no período seguinte.

Assim que, o comprador tem o direito de pedir a quantidade que falta, segundo Van-Wetter, e, como a acção competente para esse fim não é a *quantum minoris*, segundo o Sr. Dr. Toledo, só póde ser a *ex-empto*, enquanto o nosso contradictof não descobrir alguma outra.

Ha um argumento do nosso contendor, frequentemente por elle repetido, e que é muito curioso: o comprador não tem o direito de pedir a quantidade que falta, porque não está no poder do vendedor augmentar a extensão do immovel.

Ora, basta attentar um pouco no que é a acção *ex-empto* conforme ensinam todos os escriptores, para se dissipar *essa duvida*. Pela acção *ex-empto* o comprador pede que o vendedor lhe entregue a quantidade que falta, ou lhe dê o preço equivalente a essa quantidade. Onde não é possível entregar a quantidade que falta, paga-se um preço correspondente.

Que ha de difficil nesse mechanismo?

Se argumentássemos como o nosso contendor, poderíamos dizer-lhe que a quanti minoris é uma acção absurda, porque não está no poder humano dar a um objecto qualidades que elle não tem.

Esquecido do que antes havia escripto, affirmou o nosso adversário que o direito romano nunca deu ao comprador acção para haver do vendedor a quantidade que falta.

Ora, foi o proprio Sr. Dr. Toledo quem se incumbiu de transcrever no seu artigo o seguinte paragrapho de Lauterbach: "*Actio empti est personalis, competens emptori adversus venditorem, ad rem venditam tradendam, et omne id, quod ex hoc contractu eidem est proestandum. Estque civilis*", (livro 19, tit. 1º, § 2º).

A esse trecho podia ter acrescentando este outro de Voet: "*Petitur hac actione, ut res vendita corporalis tradatur, incorporalis cedatur aliove simili modo ejus quasi traditio fiat, una cum fructibus á tempore venditionis perceptis, omnibus accessionibus, vel speciali pacto comprehensis, vel ex generali emptionis natura praestari solitis*" (liv. 19, tit. 1º, numero 3).

Se pela acção *ex-empto* se pede a coisa vendida, e com ella tudo o que o vendedor se obrigou a entregar, é evidente que a dita acção é a competente para havermos a quantidade que falta, e, não sendo possível, o preço.

E' o que está expressamente dito no f r. 4, § 1º, *de actionibus empti et venditi*: "*Si modus agri minor inveniatur, pro numero jugerum auctor obligatus est*".

Attente bem o Sr. Dr. Toledo nesse texto: se se verificar uma medida menor no campo do que 'a declarada, o vendedor fica responsável pelo numero de geiras enunciado.

Qual a acção apropriada para essa espécie?

A epigraphe do titulo do Digesto responde: é a acção *ex-empto*.

O vendedor tem dois meios de solver a sua responsabilidade: ou entrega tudo o que declarou vender, ou, se isso não é possível, *sumitur portio ex-pretio*.

*"Si le contraí indique comme object une quantité, mesure ou contenance déterminées, c'est le quantum promis qui doit être exactement livre. Il s'ensuit que l'acheteur qui reçoit moins peut exiger le complément, ou, faute de l'obtenir, une diminution du prix".* (Maynz, vol. 2º, § 211, pag. 209, 4a edição).

A acção do comprador contra o vendedor só podia nascer de um pacto adjecto á compra e venda, diz o Sr. Dr. Tolédo, e, procurando um padrinho para essa phantasia, cita Van-Wetter.

Van-Wetter nunca disse semelhante coisa. O que elle escreveu foi que as partes contratantes podem fazer convenções relativamente á garantia dos vicios ou das qualidades da coisa vendida, e que, uma vez feitas quaesquer convenções, a acção que dahi nasce é a *ex-stipulatu*. Isto é evidente, e quasi não precisava ser dito por Van-Wetter. Mas, que relação ha entre o que diz Van-Wetter e o que affirma o Sr. Dr. Toledo?

O nosso contradictor termina a parte theorica do seu trabalho com mais uma pilhéria. Diz que hoje não se póde distinguir entre acções

de direito civil e acções edilicias, porque (grande novidade!) hoje não ha mais edis.

O direito romano tinha duas espécies de acções ligadas ao contrato de compra e venda: umas diziam respeito ás qualidades, ou vícios, da coisa, outras á entrega da quantidade.

As primeiras tinham prazos muito curtos, como acções edilicias que eram. As segundas duravam muitos annos. "*Potest igitur, etsi multis post annis, emptor, minore mensura inventa, in id quod interest, agere*". (Huber, Pandect., 18, n. 9).

A Ord., liv. 4º, tit. 17, tratando das qualidades e vícios da coisa vendida, adoptou os prazos curtos do direito romano para as acções relativas aos contratos em que se verifica um defeito ou vicio da coisa. Nada estatuiu para o caso em que se pede a falta de quantidade, ou o preço equivalente.

Que deduzir dahi? Deduzimos que a acção nesta ultima espécie está sujeita á regra geral sobre prescripção da Ord., liv. 4º, titulo 79, isto é, prescreve ao cabo de 30 annos.

Nunca dissemos que houvesse entre, nós acções civis e edilicias.

Se ha incontestável differença entre a acção *ex- empto* e a *quanti minoris*, se a lei estabeleceu o prazo da prescripção desta ultima, e nada estatuiu sobre a primeira, não é o caso de applicar a regra, o preceito que se applica, todas as vezes que não temos uma disposição especial ?

